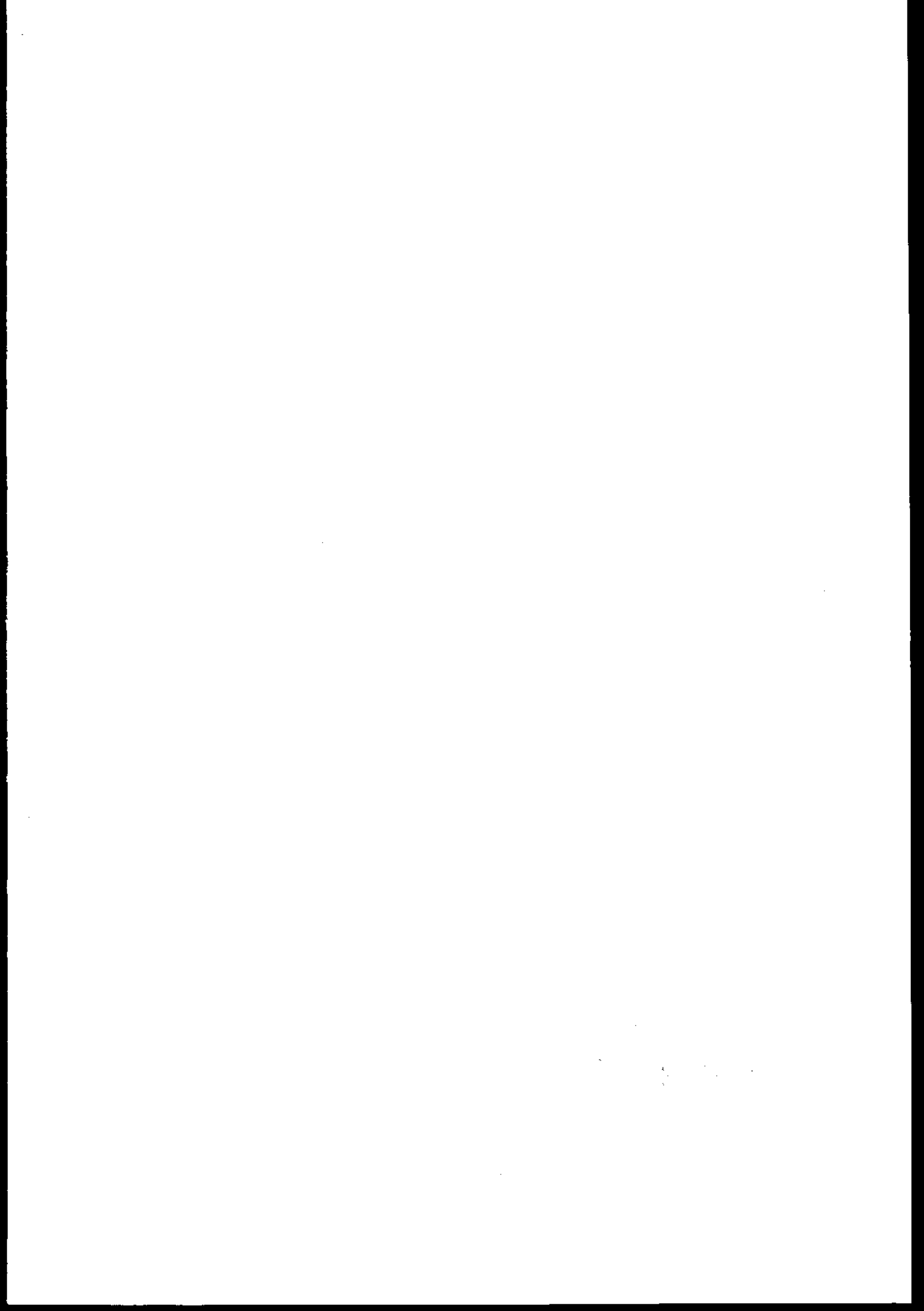
المدخل

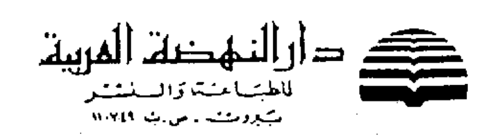
في التعريف بالفقه الإسلامي

وقواعد الملكية والعقود فيه



الأستاذ
محمد مصطفى شلبي
رئيس قسم الشريعة الاسلامية
بجامعتي الاسكندرية وبيروت العربية

المدخل
في التعريف بالفقه الإسلامي
وقواعد الملكية والعقود فيه



دار النهضة العربية
للطباعة والنشر
بيروت . لبنان . ص.ب: ١١٠٧٤٩

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم الطبعة الجديدة

نحمدك اللهم على ما أوليتنا من نعم، ونصلي ونسلم على رسلك المصطفين الأخيار. ونخص رسولنا محمد بن عبدالله خاتم المرسلين المبعوث رحمة للعالمين بمزيد من الصلاة والتسليم صلّ اللهم عليه وعلى آله وأصحابه ومن تبعهم باحسان إلى يوم الدين.

وبعد: فقد دعيت مرات عديدة من جامعات الدول العربية للتدريس بها، وكنت أعتذر في كل مرة لظروف تخصني لا أستطيع معها تلبية تلك الدعوات.

ولما عرض عليّ هذا العام أن أقوم بتدريس الشريعة الإسلامية في جامعة بيروت العربية لم أستطع رفض هذا العرض رغم قيام الظروف السابقة لأمور منها: أن هذه الجامعة عزيزة علينا يهون كل شيء في سبيل الإسهام في أداء رسالتها. ولقد سبقني إليها — منذ نشأتها في عامها الأول — هذا الكتاب الذي أقدمه اليوم لطلابها، أخذه من أخذه تارة بعباراته وتراكيبه دون أي إشارة إليه، وأخرى بمضمونه من غير تغيير يذكر إلا ما وقع من تحريف في بعض مواضعه أو اختصار مخل في بعضها الآخر.

ومع أن هذا الأمر عدوان صريح في عـــالم التأليف حتى ليكاد يدخل باب الجريمة، ولكنه لم يترك في نفسي أي ألم أو أسى، بل على العكس من ذلك شعرت بالراحة تملأ نفسي على أن أسهمت بشيء في بناء هذه الجامعة في أول إنشائها وإن جاء من غير قصد مني أو عن طريق غير مباشر، فقد جاء في الأثر « يثاب المرء رغم أنفه »

وها هوذا الكتاب أقدمه مرة أخرى غير مقتنع لأثبت نسبه أولاً لصاحبه .

وليكون ثانياً مرجعاً للطلاب وغيرهم يفيدون منه بقدر ما بذلت فيه من جهد طوال سنوات عديدة . سائلاً المولى القدير أن يحقق به النفع وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم حتى يكون ذخراً لي يوم لا ينفع مال ولا بنون إنه سبحانه على كل شيء قدير وهو ولي التوفيق .

بيروت في رجب سنة ١٣٨٨هـ
اكتوبر « ١٩٦٨م

المؤلف
محمد مصطفى شلبي

مقدمة الطبعة السابقة

« الحمد لله الذي أنزل على عبـــده الكتاب ليخرج الناس من الظلمات إلى النور » .

« كتاب أحكمت آياته ثم فصلت من لدن حكيم خبير » .

« كتاب لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد » كتاب تكفل الله بحفظه من التغيـــير والتبديل : « إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون » .

كتاب أسس شريعة الإسلام على العدالة المطلقة والمساواة بـــين الناس ، فألغى نظام الطبقات ، وأهدر موازين المفاضلة والتكريم التي كانت تقوم على القوة والجاه ، وأقام ميزاناً جديداً يعتمد على تقوى الله فحسب « إن أكرمكم عند الله أتقاكم » .

والصلاة والسلام على من جعل الله رسالته رحمة عامة شاملة « وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين » .

وختم به سلسلة الأنبياء والمرسلين « ما كان محمد أبا أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين » .

فبلغ الرسالة وأدي الأمانة ، وأبان ما خفي من التنزيل بإلهام من الله العلي الخبير « لا تحرك به لسانك لتعجل به إن علينا جمعه وقرآنه فإذا قرأناه فاتبع قرآنه ثم إن علينا بيانه » .

ولم يطغ فيه الفرد على حساب المجتمع كما حدث في النظام الرأسمالي ، ولا المجتمع على حساب الفرد كما وقع في النظام الشيوعي .

ذلك أنه نظام ليس من وضع البشر الذين تتحكم فيهم الأهواء والأغراض وظروف البيئة التي يعيشون فيها، وإنما هومن وضع الله رب العالمين الذي لايتحيز لجنس على جنس ولا لطبقة على طبقة فالكل عبـــاده وهو العليم بأحوالهم فلا تخفى عليـه مصلحة من مصالحهم الحكيم الذي يضـع الشيء في موضعه . الرحيم الذي يريد بهم اليسر ولا يريد بهم العسر .

ومع ذلك فهو نظام مؤسس على قواعد مضبوطة مرنة قابلة للتطبيق في كل حين مهما اختلفت الأزمان وتنوعت البيئات . طبقها الفقهاء باجتهادهم على مــــا جد في أزمانهم من أحداث، ولم تقف بهم عند هذا الحد ، بل طاوعتهم إلى عـــالم الفرض والتقدير . ففرضوا المسائل وقدروا لها الأحكام على ضوء تلك القواعد . ومن هنا تجمع لنا هذا التراث العظيم الذي لا يعدله أي تراث تشريعي آخر وهو – بحمد الله – لا يزال صالحـــاً للتطبيق رغم طعن الطاعنين الذين رموه بالجمود وعدم التطور مرة ، وأنه غير مستقل بذاته مرة أخرى فقد كشف الزمن أمرهم وأبان لنا حقيقتهم بأنهم إما حاقد عليه أو جاهل به .

ولقد أدرك رجال القانون الغربيون – من زمن بعيد – ما في هذا الفقه من مميزات وما فيه من حلول لمشاكل الحياة فأخذوا منه الشيء الكثير ، ثم اعترفوا بــــه كمصدر من مصادر القانون ، وانه مستقل عن غيره وذلك في مؤتمراتهم العامة .

فالمؤتمر الدولي للقانون المقارن المنعقد في مدينة « لاهاي » في دورته الأولى عام ١٩٣٢ م يعترف أعضاؤه من فقهاء الألمان والانجليز والفرنسيين بأن الشريعة الإسلامية مرنة قابلة للتطور ، وإنها إحدي الشرائـع الأساسية التي سادت ، ولا تزال تسود العالم .

وفي دورته الثانية عام ١٩٣٧ م في نفس المدينة يقرر بإجماع الآراء القرارات الآتية :

أولا : اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع العام .

ثانياً : اعتبارها حية قابلة للتطور .

ثالثاً : اعتبارها قائمة بذاتها ليست مأخوذة من غيرها .

وذلك بعد أن تقدم مندوبا الأزهر في المؤتمر ببحثين أحدهما في المسؤولية الجنائية ، والمسؤولية المدنية في نظر الإسلام » ، وثانيهما عن « نفي العلاقة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ».

وفي سنة ١٩٤٧ م انعقد مؤتمر المحامين الدولي بمدينة « لاهاي » أيضاً ، وقد شتركت فيه ثلاث وخمسون دولة ، وكان من ضمن قراراته بناء على اقتراح من لجنة التشريع المقارن فيه ما يلي :

اعترافاً بما في التشريع الإسلامي من مرونة ، وما له من شأن هام يجب على جمعية المحامين الدولية أن تقوم بتبني الدراسة المقارنة لهذا التشريع ، وبالتشجيع عليها .

وأخيراً تنبه رجال القانون عندنا إلى ما سبقهم إليه غيرهم ، فأخذوا طائفة كبيرة على أحكام الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه ، وأدخلوها في تقنينهم ثم خطوا خطوة أخرى ، فجعلوا هذا الفقه مصدراً رسمياً من مصادر القانون بمعنى أن القاضي إذا لم يجد نصاً تشريعياً ولا عرفاً طبق مبادىء الشريعة الإسلامية ، كما قرر ذلك القانون المدني الجديد في الفقرة الثانية من المادة الأولى ونصها :

« إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ،

فإذا لم يوجـــد فبمقتضي مبادىء الشريعة الإسلامية . فإذا لم توجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة » [١]

جاء في مقدمة المذكرة التفسيرية لمشروع ذلك القانون ما يلي

بقيت الشريعة الإسلامية كمصدر من المصادر التي استند إليهـا المشروع ، وقد استمد منها كثيراً من نظرياتها العامة ، وكثيراً من أحكامهـا التفصيلية ، وقبل هذا وذاك أدخل المشروع في شأن الشريعة الإسلامية تجديداً خطيراً ، فقد جعلها من بين المصادر الرسمية للقـــانون المصري إذا لم يجد القاضي نصاً تشريعيـاً يمكن تطبيقه ، والفروض التي لا يعثر فيها القاضي على نص التشريـع ليست قليلة فسيرجع القضاء إذاً للشريعة الإسلامية يستلهم مبادئها في كثير من الأقضية ، وفي هذا فتح عظيم للشريعة الغراء ، لا سيما إذا لوحظ أن ما ورد في المشروع من نصوص هو أيضاً يمكن تخريجه على أحكام الشريعة دون كبير مشقة ، فسواء وجد النص أو لم يوجد فإن القاضي في أحكامه بين اثنتين. إما أن يطبق أحكاماً لا تتناقض مع مبادىء الشريعة الإسلامية ، « وإما أن يطبق أحكام الشريعة ذاتها . ولم يقتصر الأمر على ذلك ، بل أخذ المشروع بنظريات عامة في الشريعة الإسلامية وبأحكام تفصيلية منها . ثم أفاضت المذكرة في بيان بعض هذه النظريات .

وجاء في تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عن مشروع القانون المدني الجديد بشأن موقف المشروع من الشريعة الإسلامية استمداداً منها ، وجعلهـا مصدراً من مصادره ، كما ورد في مجموعـــة الأعمال التحضيرية جـ (١) ما يلي:

---

(١) وفي بعض المواضع يحيل صراحة على أحكام الشريعة الاسلامية فالمادة ٣٢ تنص على أنه « يسري في شأن المفقود والغائب ، الأحكام المقررة في قوانين خـــاصة فإن لم توجد فأحكام الشريعة الاسلامية .»

وثبينت اللجنة كذلك أن المشروع اعتمد على الشريعة الإسلامية الى حد بعيد بين مصادره ، فجعلها مصدراً عاماً يرجع إليه القاضي إذا لم يجد حكماً في التشريع أو العرف ، وجعلها مصدراً خاصاً لطائفة لا يستهان بها من أحكامه ، ولا ينكر ما للفقه الإسلامي من مكانة رفيعة بين مذاهب الفقه العالمي ، فكيف وقد كان ولا يزال معتبراً القانون العام في كثير من المسائل في مصر . وفي تقوية الصلة بين المشروع وأحكام الشريعة إبقاء على تراث روحي حري بأن يصان وأن ينتفع به ، واللجنة تسجل ما صادفت في المشروع من أحكام أخذت عن الشريعة الإسلامية . فالأحكام الخاصة بنظرية التعسف في استعمال الحق ، وحوالة الدين ، ومبدأ الحوادث غير المتوقعة ، وهذه **الأحكام جميعا تتضمن من القواعد ما يعتبر شاهداً من شواهد التقدم في التقنينات الغربية . وإن كان فقهاء الشريعة قد فطنوا الى ما حوت من أحكام أحكموا سبكه وتطبيقه على ما عرض في عصورهم من أقضية لقرون خلت قبل أن يخطر شيء من ذلك ببال فقهاء الغرب ، أو من تولوا أمر التشريع فيه .**

ونقل المشروع أيضاً عن الشريعة الإسلامية طائفة من الأحكام التفصيلية يكفي أن يشار في صددها الى ما تعلق بمجلس العقد ، وإيجار الوقف والحكر ، وإيجار الأراضي الزراعية ، وهلاك الزرع في العين المؤجرة ، وانقضاء الإيجار بموت المستأجر وفسخه بالعذر . هذا إلى مسائل أخرى كثيرة سبق أن اقتبس التقنين الحالي أحكامها من الشريعة الإسلامية ، وأبقاها المشروع ، كبيع المريض مرض الموت ، والغبن وتبعة الهلاك في البيع ، وغرس الأشجار في العين المؤجرة والعلو والسفل ، والحائط المشترك ، أما الأهلية والهبة [١]

(١) جاء في المذكرة التفسيرية لهذا القانون : واستمد المشروع الاحكام الموضوعية في الهبة من الشريعة الاسلامية ، وبخاصة من كتاب الاحوال الشخصية لقدري باشا . وبعد كلام تقول : والرجوع في الهبة نقلت أحكامه عن الشريعة الاسلامية .

والشفعة ، والمبدأ الخاص بأن لا تركة إلا بعد سداد الدين فقد استمد المشروع أحكامها من الشريعة الإسلامية ، وهي أحكام لها أهميتها في الحياة العملية .

وفي حدود هذا المصدر الثاني كان مسلك المشروع قوياً ارتاحت إليه اللجنة وآنست فيه اتجاهاً إلى تقدير ما للفقة الإسلامي من مزايا أدركها علماء الغرب من زمن بعيد ، وبقي على دول الشرق أن تحلها المحل الخليق بها ، وأن تعبر عملياً عن اعتزازها بها ؛ وحرصها على استدامتها، ولعل من نافلة القول أن يشار الى أن هذا المسلك أمعن في رعاية ما للماضي من حرمة ، وأبلغ في قضاء حق القدماء الذين تعهدوا الفقه الإسلامي ، باجتهادهم ، وأسبغوا على أحكامه من المرونة ما جعلها تتسع لما درج الناس عليه في معاملاتهم ، ولا ترى اللجنة في الرجوع إلى الشريعة الإسلامية على هذا الوجه أي مساس باستقرار المعاملات ، بل ترى فيه تمكيناً لأسباب الاستقرار من طريق تقصي التقاليد الصالحة التي ألفها المتعاملون في البلاد منذ مئات السنين » .

وهذا ولم يشترط شراح القانون في الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي غير مرعاة التنسيق ما بين الأحكام التي تؤخذ ، والمبادىء العامه التي يقوم عليها التشريع المدني [1]

ولنا كبير الأمل في أن لا يقف أمر الفقه الاسلامي في تشريعنا عند اقتباس بعض الاحكام منه أو الاحالة عليه عند عدم وجدان النص التشريعي في قانوننا المدني بل يتخطى ذلك الى ما هو أعم منه وأشمل ، يتخطاه الى أن يعاد له مكانته ويجعل هو الأساس للتشريع في جميع فروع القانون ، فهو فقه ولد في الشرق ، ونما وترعرع في تربته .

ونحن في عصر نهضة ثورية تهدف الى القضاء على التبعية والانحياز في كل

---

(١) راجع الوسيط للدكتور السنهوري ص ٤٥ وما بعدها .

شيء ، نهضة تقوم على الاكتفاء الذاتي والاستقلال في كل ناحية ، ولا يتم لنا ذلك إلا بتخليص تشريعنا من كل نص دخيل أو فكرة جاءتنا مع الاستعمار .

والفقه الاسلامي كغيره من القوانين له خصائصه ومميزاته التي يمتاز بهـا من حيث نشأته وتطوره والأسس التي بني عليها ، والمصادر التي يستمد منها ، وفيه مذاهب عديدة تتفق في بعض نواحيها . وتختلف في بعضها الآخر .

لهذا ولغيره كان لا بد من تمهيد لدراسته ينير الطريق أمام طالبه ، ويجعله يسير في بحثه وتفهم أحكامه على هدى ، تمهيد يعطي للطالب فكرة عـامة ، ويرسم له صورة واضحة المعالم يرجع اليها إذا ما اشتبه عليه الأمر أو اختلط ، تمهيد سُمّي في الاصطلاح الحديث : بـ « **المدخل** » .

يعرف بهذا الفقه ونشأته ، وأدوار تكوينه ، ومـا طرأ عليه من عوامل كانت سبباً في ازدهاره في عصوره الأولى ، وأخرى كانت عائقة له عن النهوض ومسايرة الزمن في عصوره المتأخرة ، كما يعرف بأشهر المذاهب الفقهية أصحابها ونشأتها وطريقة تكوينها ، والتلاميذ الذين عملوا على نشرها ، واختلاف الفقهاء وأسبابه في العصور المختلفة ، ثم يبين في إيجاز مصادره . ما اتفق عليه منها ، وما اختلف فيه .

وبعد هذا يعرض للمقارنة بينه وبين القوانين الوضعية ، ولبعض ما أثـير حوله من شبهات يدفعها في هدوء ، ولكي يكون هذا المدخل وافياً بالغرض منه محققاً لمقصوده ينبغي أن يمم نحو بعض النظريات العامة فيعرضها بإيجاز لما فيها من قواعد ومصطلحات ، يجدها طالب الفقه في طريقه يتعثر فهمه بهـا ، إذا لم يكن واعياً لهـا ، ملماً بمعناها من قبل ؛ كنظرية الملكية أسبابها وأنواعها ، والعقد وتكوينه ، والشروط المقترنه به ومدي تأثيرها فيه ، والأهلية وعوارضها والولاية ، والنيابة وتقسيمات العقود ، وما يتأثر به العقد في صحته أو لزومه ، الى غير ذلك من البحوث التي لا غنى عنها لمن أراد دراسة الفقه .

وعلى ذلك ينقسم هذا المدخل حسبما يقضي به منطق البحث إلى قسمين :

القسم الاول في التعريف والتاريخ ، وما يتعلق بذلك من المقارنة وغيرها .

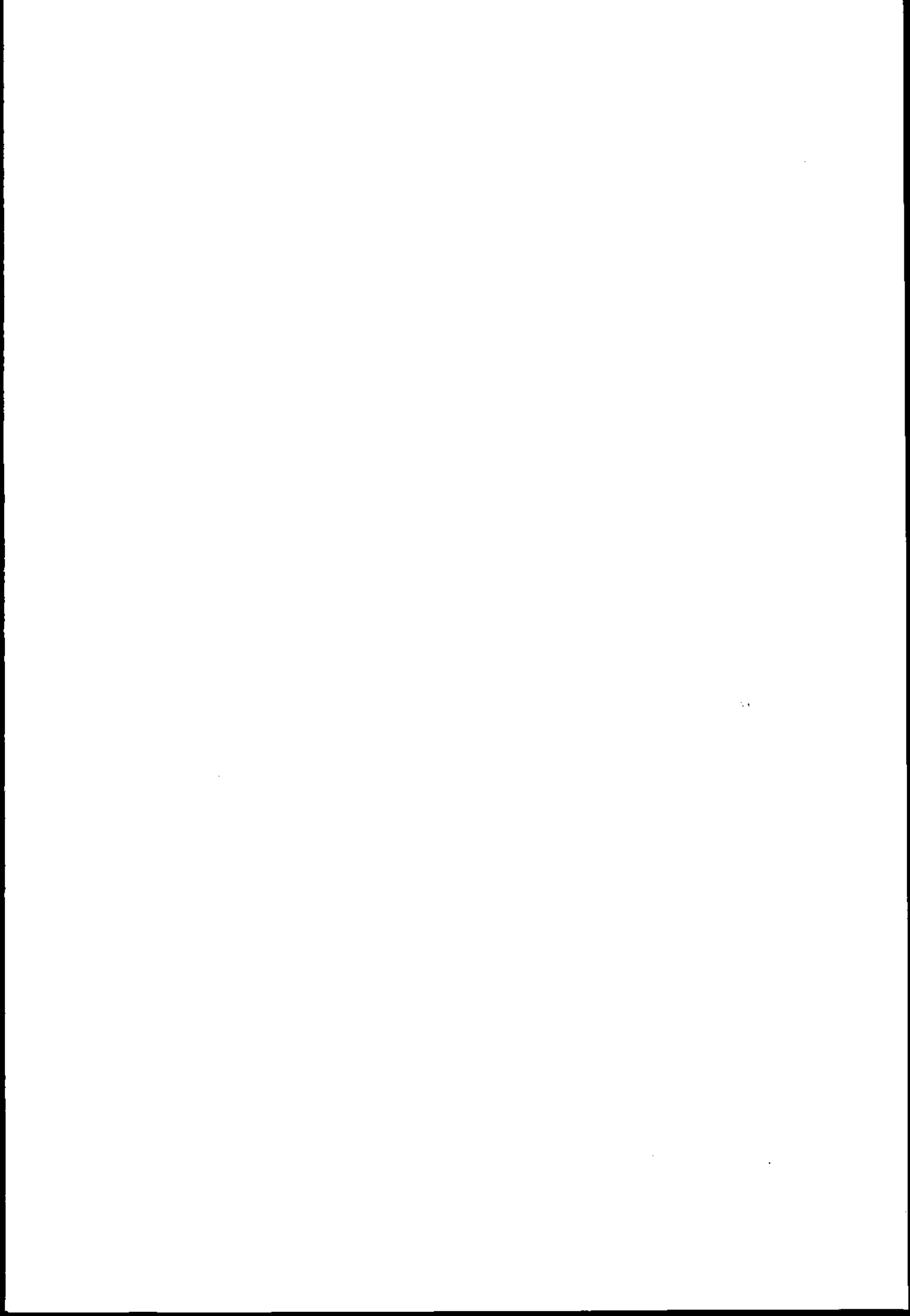
القسم الثاني في بعض النظريات الفقهية قواعدها ومصطلحاتها .

وبعد فلما كان ما يكتبه الانسان لا يستقر على وضع معين بل هو عرضة للتغيير والتبديل كلما أعيد النظر فيه كما يقول العماد الأصفهاني « إني رأيت أنه لا يكتب أنسان كتاباً في يوم إلا قال في غده أو بعد غده لو غير هذا لكان أحسن ، ولو زيد كذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل ، وهذا من أعظم العبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر » .

وإذا أضفنا إلى هذا ما نراه من تطور مستمر في محيط الدراسة في جامعاتنا المغربية كي تتفق مع واقعنا الذي نعيش فيه كان لا بد من إعادة النظر في هذا المدخل بالزيادة والتنقيح . زيادة بعض المباحث وحذف البعض الاخر أو اختصاره ليتجاوب مقرر الشريعة مع ذلك التطور .

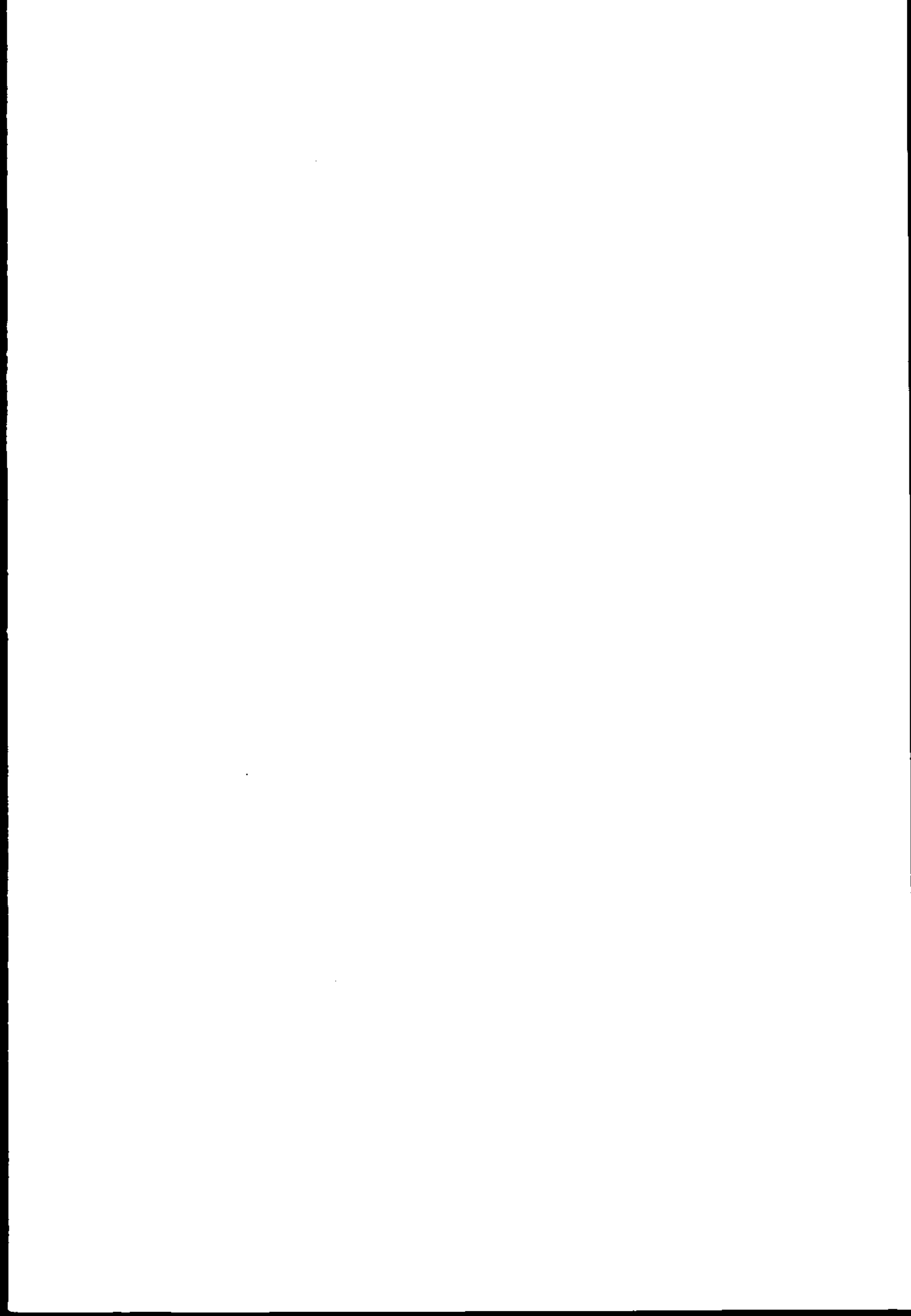
والله أسأل أن يعصمني من الزلل وأن يجعله وافياً بالغرض إنه أكرم مسؤول وهو ولي التوفيق .

المؤلف



القسم الاول

في التعريف بالفقه الإسلامي وبيان أدواره وإصوله وما يتبع ذلك من الكلام على المذاهب والمقارنة بينه وبين القوانين الوضعية



التشريع والمجتمع

التشريع مأخوذ من الشريعة . ويراد به سن الشرائع والأحكام . كما أن شرع معناه أنشأ الشريعة وسن قواعدها . ومنه قوله تعالى « شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً والذي أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه »[١] وقوله : « أم لهم شركاء شرعوا لهم من الدين ما لم يأذن به الله »[١]

والشريعة هي جملة الأحكام المشروعة ، فإن كان مصدرها السماء بأن نزل بها الوحي سميت شريعة سماوية ، وإن كانت من وضع البشر سميت شريعة وضعية .

والشرائع أياً كانت نوعها سماوية كانت أو وضعية لا توجد إلا حيث يوجد المجتمع البشري ،لأن المجتمع يعيش بروابط بين أفراده ، وهذه الروابط تحتاج إلى قانون ينظمها ، فإذا لم يوجد المجتمع انعدمت الروابط ، وإذا انعدمت الروابط لم يكن ثمة حاجة إلى القانون ، ولذلك اتفق العلماء على أن تاريخ الشرائع مصاحب لتاريخ العمران في هذا الوجود [٣] ،لأنه لا عمران إلا باجتماع ، ولا اجتماع إلا باتفاق على طريقة توزيع العيش ، ولا اتفاق إلا بقواعد تحدد حقوق كل فرد وواجباته ، وهذه القواعد لا تحقق الغرض المقصود منها إلا إذا وجدت سلطة تقررها وتحافظ عليها .

(١) ، ٢ - الشورى - ١٣ ، ٢١

(٣) والانسان لا يستطيع أن يعيش منفرداً لأنه مدني بطبعه كما يقول الحكماء أي لا بد له من الاجتماع الذي هو المدنية في اصطلاحهم وهو العمران كما يقول ابن خلدون في مقدمته .

حاجة الناس إلى التشريع

والإنسان في حياته محتاج إلى التشريع ، لأنه خلق ومعه قوتان متنازعتان قوة الشهوة التي تدفعه إلى الشر ، فيتجاوز حدوده بانتهاك الحرمات والاعتداء على الغير ، وقوة العقل التي تدعوه إلى الخير ، فيسير في الطريق المستقيم معتدلاً في كل شيء ، والعقل وحده لا يستطيع مقاومة الشهوة ، لأن الدنيا مليئة بالمغريات التي تثير في النفوس عوامل الشر ، فيندفع الإنسان إلى تحقيق رغباته التي لا تقف عند حد ، والتاريخ أصدق شاهد على ذلك ، فكم من حوادث وقعت أثارتها شهوة جامحة عجز العقل عن كبحها أعقبتها شرور وآثام ؟

ومن هنا كان لا بد للعقل من معين يسانده حتى تتغلب قوة الخير ، أو على الأقل تتعادل القوتان ، ويصبح الإنسان ـ بحق ـ خليفة الله في أرضه يقيم حدوده ويرعى محارمه . هذا المعين هو القانون الذي يميز الخير من الشر ، ويبين لكل فرد ماله من الحقوق ، وما عليه من واجبات .

والقوانين الوضعية مهما ارتقت لا تحقق ذلك على أكمل وجه لأنها نتاج الفكر الإنساني ، والعقل البشري الذي عجز أول الأمر عن مقاومة الشر ، ولا أدل على هذا من كثرة التعديل والتغيير فيها لتلافي عيوبها ، وسد الثغرات التي تتكاثر في بنائها كلما طال زمن تطبيقها .

ويرجع ذلك إلى تفاوت العقول البشرية في إدراكها للأمور ، واختلاف مقاييس الخير والشر في نظرها ، وقصر إدراكها لحقائق الأشياء الغامضة ، وعدم استطاعتها كشف ما يجيء به المستقبل من أحداث ، وعدم عصمتها من الاندفاع وراء الشهوات ، وأخيراً خلوها من عنصري الدين والأخلاق الذين يرجع

إليها الفضل في تهذيب النفوس ، وبها يعم التنظيم ظاهر الإنسان وباطنه .

ولهذا كله كان الايمان بتلك القوانين ضعيفاً ، والخضوع لها منشؤه الخوف من الوقوع تحت طائلة العقاب ، فإذا أمن المرء جانبه لم يكن في نفسه أثر لهيبة ولا احترام ، ولم يكن بد من الرجوع إلى قانون آخر يملك على الناس مشاعرهم باطنهم وظاهرهم على حد سواء،حتى يقع الامتثال له عن رضا ورغبة لا عن خوف ورهبة ، ولن يكون إلا من صنع خالق البشر العليم بأسرار النفوس وخفاياها ، وأسرار المستقبل وما يجيء به من أحداث .

والله سبحانه الذي خلق الانسان وجعله خليفته في أرضه ليعمرها إلى حين ثم يحاسبه على ما قدمت يداه فيجازيه على ذلك إن خيراً فخير وإن شراً فشر . لا يترك هذا الإنسان بدون تشريع ينظم حياته ويقيم العدل بين أفراده وكيف يتركه وهو الحكيم الخبير البر الرحيم بعباده ؟!

يقول جل شأنه : « إنا أرسلناك بالحق بشيراً ونذيراً وإن من أمة إلا خلا فيها نذير [١] »ويقول « ورسلاً قد قصصناهم عليك من قبل ورسلاً لم نقصصهم عليك وكلّم الله موسى تكليماً . رسلاً مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل وكان الله عزيزاً حكيماً [٢] » .

« وما أهلكنا من قرية إلا لها منذرون ذكرى وما كنا ظالمين» [٣] أي رسل يذكرون. والمعنى : ما أهلكنا من أمة من الأمم إلا بعد انذارهم وبعث الرسل إليهم وقيام الحجة عليهم كما في قوله تعالى:« وما كنا معذبين حتى نبعث رسولاً [٤]

(١) فاطر - ٢٤ (٢) النساء - ١٦٤، ١٦٥ .

(٣) الشعراء - ٢٠٨ ، ٢٠٩ (٤) الاسراء - ١٥ .

سبق الشرائع السماوية في الوجود

والشرائع السماوية نزلت من أول وجود المجتمع البشري من عهد آدم عليه السلام . فلقد ثبت أنه نبيّ أرسل إلى أولاده ، لأنه لا يعقل أن يجعله الله خليفته الأول في أرضه ليعمرها وينظم أمورها من غير أن ينزل عليه شريعة .

ولقد صح فيما روى عن رسول الله من الأحاديث أن آدم نبي مرسل إلى أولاده .

روى أبو ذرّ الغفاري ، قال : قلت يا رسول الله أنبياً كان مرسلاً ؟ قال « نعم » أرسل إلى ولده وكانوا أربعين ولداً في عشرين بطناً في كل بطن ذكر وأنثى وتوالدوا حتى كثروا . كما قال تعالى « خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالاً كثيراً ونساء » ونزل عليه تحريم الميتة والدم ولحم الخنزير [1] .

على أن القرآن في حكاية قصتة صرح بأنه أمر ونهى حتى قبل أن ينزل إلى الأرض « وقلنا يا آدم اسكن أنت وزوجك الجنة وكلا منها رغداً حيث شئتما ولا تقربا هذه الشجرة فتكونا من الظالمين فأزلهما الشيطان عنها فأخرجهما مما كانا فيه،وقلنا اهبطوا بعضكم لبعض عدوو لكم في الأرض مستقر ومتاع إلى حين. فتلقى آدم من ربه كلمات فتاب عليه إنه هو التواب الرحيم ، قلنا اهبطوا منها جميعاً فإما يأتينكم مني هدى فمن تبع هداي فلا خوف عليهم ولا هم يحزنون . والذين كفروا وكذبوا بآياتنا أولئك أصحاب النار هم فيها خالدون » [2] .

ويقول سبحانه في سورة طه[3]« قال اهبطا منها جميعاً بعضكم لبعض عدو فأما يأتينكم مني هدى فمن اتبع هداي فلا يضل ولا يشقى ومن أعرض عن ذكرى فإن له معيشة ضنكا ونحشره يوم القيامة أعمى » .

---

(١) تفسير القرطبي جـ ١ ص ٢٢٥ .

(٢) البقرة - ٣٥ - ٤٠ (٣) ١٢٣ ، ١٢٤ .

ومن يقرأ قصة ولدى آدم يجد فيها ما يفيد أنه كانت لهم شريعة تحرم وتحل وبينت الجزاء الأخروي :

«واتل عليهم نبأ ابني آدم بالحق إذ قربا قرباناً فتُقبِّلَ من أحدهما ولم يُتقبَّلَ من الآخر قال لأقتلنك قال إنما يتقبل الله من المتقين لئن بسطت إليّ يدك لتقتلني ما أنا بباسط يدي إليك لأقتلك إني أخاف الله رب العالمين إني أريد أن تبوء بإثمي وإثمك فتكون من أصحاب النار وذلك جزاء الظالمين »[1] الخ الآيات .

فهذه الآيات تفيد في صراحة مشروعية تقديم القربان لله وتحريم القتل وأن المعتدي يعاقب في الآخرة وأن الله يقتص من الظالم للمظلوم إلى غير ذلك مما يفهم من إشارة الآيات .

ثم تعاقبت الرسالات فكان كل رسول يرسل إلى قومه بشريعة تلائمهم مما قصه الله في القرآن في آيات كثيرة إلى أن انتهت وختمت برسالة محمد عليه الصلاة والسلام .

مدى الاختلاف في الشرائع السماوية :

وهذه الرسالات وإن اختلفت أزمانها لم تكن تختلف عن بعضها إلا فيما يختلف باختلاف الأزمان وهي الأحكام العملية كما صرح بذلك القرآن « لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً »[2] .

أما فيما لا يتغير بتغير الأزمان والأمكنة كالعقائد فانها اتفقت فيها كلها .

يقول تعالى : « وما أرسلنا من قبلك من رسول إلا نوحي إليه أنه لا إله إلا أنا فأعبدون[3] » .

---

(١) المائدة - ٢٧ - ٣١ (٢) المائدة - ٤٨ .
(٣) الانبياء - ٢٥ .

ويقول لنبيه : « قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم ألا نعبد إلا الله ولا نشرك به شيئاً ولا يتخذ بعضنا بعضاً أرباباً من دون الله فأن تولوا فقولوا اشهدوا بأنا مسلمون [١] » .

ويقول : « شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً والذي أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه كبر على المشركين ما تدعوهم إليه الله يجتبي إليه من يشاء ويهدي إليه من ينيب [٢] » يجتبي . يصطفي ويختار لرسالته من يشاء .

لذلك كان الإيمان بالرسل السابقين وكتب الله التي أنزلها إليهم جزءاً من الإيمان في كل شريعة ، وأن التفريق بين رسل الله بالإيمـان بالبعض والكفر بالبعض الآخر مخالف للإيمان الصحيح .

يقول جل شأنه . «آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون كل آمن بالله وملائكته وكتبه ورسله لا نفرق بين أحد من رسله وقالوا سمعنا وأطعنـا غفرانك ربنا وإليك المصير [٣] » .

ويقول: « قولوا آمنا بالله وما أنزل إلينا وما أنزل إلى إبراهيم وإسماعيل وإسحق ويعقوب والأسباط وما أوتي موسى وعيسى وما أوتي النبيون من ربهم لا نفرق بين أحدمنهم ونحن له مسلمون [٤] » .

ويقول : « قل آمنا بالله وما أنزل علينا وما أنزل على إبراهيم وإسماعيل وإسحاق ويعقوب والأسباط وما أوتي موسي وعيسى والنبيون من ربهم لانفرق بين أحد منهم ونحن له مسلمون [٥] » .

---

(١) آل عمران - ٦٤ (٢) الشورى - ١٣ .

(٣) البقرة - ٢٨٥ (٤) البقرة - ١٣٦ (٥) آل عمران - ٨٤ .

الكتب السماوية يصدق بعضها بعضاً :

والرسالات السماوية كلها هدى ونور نزلت ليحكم بها عباد الله وهي تصدق بعضها بعضاً ، بل إن منها ما كان يبشر بالرسول الذى يأتي بعدها

فالقرآن يقول في شأن التوراة التي نزلت على موسى عليه السلام : « إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون الذين أسلموا للذين هادوا والربانيون والأحبار بما استحفظوا من كتاب الله وكانوا عليه شهداء[1] » .

ويقول في شأن الانجيل الذي نزل على عيسى عليه السلام : « وقفينا على آثارهم بعيسى بن مريم مصدقاً لما بين يديه من التوارة وآتيناه الانجيل فيه هدى ونور ومصدقاً لما بين يديه من التوراة وهدى وموعظة للمتقين[2] » .

وقال في شأن القرآن : وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيمنا عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا ولو شاء الله لجعلكم أمة واحدة ولكن ليبلوكم فيما آتاكم فاستبقوا الخيرات إلى الله مرجعكم جميعاً فينبئكم بما كنتم فيه تختلفون[3] .

مهيمنا عليه : أمينا عليه وشاهداً وحاكماً عليه ، شرعة ومنهاجاً : سبيلاً وسنة .

ويقول : « يا أهل الكتاب قد جاءكم رسولنا يبين لكم كثيراً مما كنتم تخفون من الكتاب ويعفو عن كثير قد جاءكم من الله نور وكتاب مبين[4] » .

---

(١) المائدة ـ ٤٤ (٢) المائدة ـ ٤٦ .
(٣) المائدة ـ ٤٨ (٤) المائدة ـ ١٥ .

أي يبين ما بدلوه وحرفوه وأولوه وافتروا على الله فيه ويسكت عن كثير مما غيروه ولا فائدة في بيانه .

ولقد بشرت الكتب السابقة بخاتم الأنبياء .

وفي هذا يقول جل شأنه : « الذين يتبعون الرسول النبي الأميّ الذي يجدونه مكتوباً عندهم في التوراة والانجيل يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ويضع عنهم إصرهم والأغلال التي كانت عليهم [1] » .

ويقول : « وإذ قال عيسى بن مريم يا بني إسرائيل إني رسول الله إليكم مصدقاً لما بين يدي من التوراة ومبشراً برسول يأتي من بعدي اسمه أحمد [2] » .

ولكن أصحاب هذه الكتب أخفوا هذه البشارات كما أخفوا غيرها ثم غيروا كثيراً فجاء القرآن مبيناً حقيقة الكثير منه .

تلك رسالات الله تكمل بناء الشرائع السماوية وتجعل منه مناراً يهتدي به الناس ، وأن رسل الله كلهم على حق وهم جميعاً يتكون منهم بناء واحد أبدعه الله على غير مثال كما أخبر رسول الله فيما رواه مسلم : « مثلي ومثل الأنبياء من قبلي كمثل رجل بنى داراً فأكملها وأحسنها إلا موضع لبنة فجعل الناس يدخلونها ويتعجبون منها ويقولون: لولا موضع تلك اللبنة فكنت أنا موضع تلك اللبنة » .

وإذا كانت هذه الشرائع كلها من وحي الله أنزلها على رسله في فترات مختلفة وختمها بالشريعة الإسلامية التي رضيها لعباده « ورضيت لكم الإسلام ديناً [3] » وجعلها الدين الصحيح « ومن يبتغ غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه وهو في الآخرة من الخاسرين [4] » .

---

(١) الاعراف - ١٥٧ (٢) الصف - ٦ .
(٣) المائدة - ٣ (٤) آل عمران - ٨٥ .

لزمنا التعريف بهذه الشريعة مبينين نشأتها وأدوارها التي مرت بها وهو موضوع دراستنا .

ولما كانت خاتمة الرسالات جاءتنا بجملة أحكام تمثل الشرائع في أكمل صورها بعضها يتعلق بالعقيدة ، وبعضها بتهذيب النفوس ، وقسم ثالث ينظم العلاقات بين الناس وخالقهم وبين الناس بعضهم ببعض .

عرفت هذه المجموعات باسم الشريعة الإسلامية تارة ، والدين الإسلامي تارة أخرى ، وأحياناً يطلق عليها كلها أو بعضها كلمة الفقه الإسلامي .

لذلك كان من المستحسن أن نقدم الكلام على تلك الألفاظ الثلاثة لنبين معانيها اللغوية والاصطلاحية والفرق بينها .

الشريعة والدين والفقه والفرق بينها

الشريعة في لغة العرب تطلق على الطريقة المستقيمة . ومن هذا المعنى قوله تعالى « ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون [١] » .

ومثلها في ذلك الشِّرعة قال تعالى : « لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا [٢] » أي طريقة مستقيمة لا اعوجاج فيها ولا التواء ، كما تطلق على مشرعة الماء وهو مورد الشاربة .

والفقهاء المسلمون يريدون بها « الأحكام التي شرعها الله لعباده على لسان رسول من الرسل » .

---

(١) الجاثية ـ ١٨ (٢) المائدة ـ ٤٨ .

وسميت هذه الأحكام شريعة لاستقامتها وعدم انحرافها عن الطريق المستقيم كما وأنها شبيهة بمورد الماء في أن كلا منهما سبيل للحيـاة ، فهي تحيي النفوس والعقول وهو يحي الأبدان .

والاسلامية نسبة إلى الإسلام ، والإسلام لغة مصدر أسلم ، وهو يستعمل في الاصطلاح الشرعي . بمعنى الخضوع والانقيـاد لأمر الله والتسليم لقضائـه وأحكامه والرضى بها .

ومنه قوله تعالى« إذ قال له ربه أسلم قال أسلمت لرب العالمين [1] » «وأنيبوا إلى ربكم وأسلموا له [2] » « ربنا واجعلنا مسلمين لك ومن ذريتنا أمة مسلمة لك [3] »

كما استعمل في عقيدة التوحيد المشتركة بين الديانات السماوية كلها ولذلك صح وصف الأنبياء والرسل السابقين بأنهم مسلمون «يحكم بها النبيون الذين أسلموا[4] « ما كان إبراهيم يهودياً ولا نصرانياً ولكن كان حنيفـاً مسلماً [5] » « فلما أحس عيسى منهم الكفر قال من أنصاري إلى الله قال الحواريون نحن أنصار الله آمنا بالله واشهد بأنا مسلمون [6] ».

واشتهر استعماله بمعنى الدين الذي بعث الله به محمداً صلى الله عليـه وسلم ، ومنه قوله تعالى « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً [7] » وقوله : « ومن يبتغ غير الاسلام ديناً فلن يقبل منه[8]وقوله « إن الدين عند الله الإسلام [9] » « فمن يرد الله أن يهديـه يشرح صدره للإسلام [10] .

---

(١) البقرة - ١٣١ (٢) الزمر - ٥٤ (٣) البقرة - ١٢٨ .
(٤) المائدة - ٤٤ (٥) آل عمران - ٦٧ (٦) آل عمران - ٥٢ .
(٧) المائـدة - ٣ (٨) آل عمران - ٨٥ (٩) آل عمران - ١٩ .
(١٠) الأنعام-١٢٥ .

وهو بهذا المعنى الأخير مرادف للشريعة الإسلامية ، فيشمل كل ما جاء به رسول الله من عقائد وتعاليم خلقية وأحكام تشريعية .

فالشريعة الإسلامية أو الاسلام مجموعة الأحكام التي نزل بهـا الوحي على محمد بن عبدالله صلوات الله وسلامه عليه .

وهي تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

١ — ما يتعلق بالعقائد الأساسية . كالأحكام المتعلقة بذات الله وصفاته ، وبالإيمان به وبرسله وكتبه واليوم الآخر وما فيه من حساب وجزاء ، وقد تكفل بهذا النوع علم الكلام .

٢ — ما يتعلق بتهذيب النفوس وإصلاحها . كالأحكام المبينة للفضائل التي يجب ان يتحلى بها الإنسان . كالصدق والأمانة والوفـاء بالعهد والشجاعة والأيثار والتواضع والاحسان والعفو والصفح ، والأحكام المبينة للرذائل التي يتحتم على المرء أن يتخلى عنها كالكذب والخيانة وخلف الوعد والجبن والأنانية والتكبر والإساءة إلى الغير والانتقام ، وما إلى ذلك مما تكفل ببيانه علم الأخلاق .

٣ — ما يتعلق ببيان أعمـال الناس وتنظيم علاقاتهم بخالقهم كأحكام الصلاة والصوم والزكاة والحج ، وتنظيم علاقات بعضهم ببعض كأحكام البيوع والهبة والاجارة والرهن والزواج والطلاق وغيرها . وقد انفرد بهذا النوع علم خاص يسمى علم الفقه .

والدين في اللغة يطلق على معان كثيرة . منها ما يتدين به الشخص من الاسلام وغيره ، والطاعـة والخضوع ، والجزاء والمكافأة ، والحساب ، والسلطان وغير ذلك ، وقد وردت في القرآن لعدة معان في أكثر من تسعين

آية « إن الدين عند الله الاسلام »[1] « لـكم دينـكم ولي دين »[2] « شرع لكم من الدين ما وصي به نوحاً والذي أوحينا إليك »[3] « والذي أطمع أن يغفر لي خطيئتي يوم الدين »[4] .

وهي بوجه عام تدل على علاقة بين طرفين يعظم أحدهما الآخر ، ويخضـع له ، فتكون في أحدهما طاعة وخضوعاً » وفي الآخر أمراً وسلطاناً ، والرباط الذي يربط الطرفين هو ما يدان به .

وهذا المعنى اللغوي يعم كل طاعة وخضوع ، كما يشمل كل ما يدان به من خلق وعادة ومذهب .

والشرعيون يريدون به خضوعاً خاصاً وهو خضوع العبد لربه الذي خلقه كما يريدون بما يدان به أحكاماً خاصة شرعها الله لعباده ليتعبدهم بهـا ثم يحاسبهم عليها في الآخرة .

ومن يتتبـع كلمة الدين في آيات القرآن التي أريد بها الأحكام المشروعـــة يجدها تطلق في آيات ويراد بها ما يرادف الشريعة ، وفي أخرى يراد بهـا ما هو أخص من ذلك ، وهو العقائـــد الأصلية والمبادىء التي اتفقت عليها الشرائع السماوية كلها .

فمن الأول قوله تعالى : « اليوم أكملت لـكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لـكم الإسلام دينـاً » ، وقوله « إن الدين عند الله الإسلام » ، وقوله « لـكم دينكم ولي دين » ، وقوله « ومن يبتـغ غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه » .

فهذه الأحكام التي نزل بها الوحي تسمى شريعة من جهة أن الله شرعها وأنشأها وتسمى ديناً من ناحية أن العامل بها يدين الله تعالى بعمله ويخضع له مبتغياً رضاه

---

(١) آل عمران – ١٩ (٢) الكافرون – ٦ (٣) الشورى – ١٣
(٤) الشعراء – ٨٢ .

ومن الثاني قوله تعالى : « ألا لله الدين الخالص والذين اتخذوا من دونه أولياء ما نعبدهم إلا ليقربونا إلى الله زلفي »[١] ، وقوله « شرع لكم من الدين ما وصي به نوحاً والذي أوحينا إليك » الآية ، فإن كلمة الدين في هاتين الآيتين لا تتناول إلا ما اتفقت عليه الرسالات كلها وهو توحيد الله والإخلاص له في العبادة الذي دل عليه قوله تعالى : « وما أرسلنا من قبلك من رسول إلا نوحي إليه أنه لا إله إلا أنا فاعبدون »[٢].

وقول رسول الله ، « نحن معشر الأنبياء أولاد علات ديننا واحد »[٣] .

ولا تتناول التشريعات التي اختلفت فيها الرسالات مما يدل عليه قوله تعالى « لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً »[٤] .

والفقه لغة هو الفهم والفطنة . يقال .. افقه عني ما أقول لك . أي افهمه وأفطنه .

وقال الراغب الأصفهاني ، الفقه معرفة باطن الشيء والوصول إلى أعماقه .

ولقد استعمل القرآن كلمة الفقه في الفهم الدقيق . قال تعالى « فلو لا نفر من كل فرقة منهم طائفه ليتفقهوا في الدين[٥] . وقال « لهم قلوب لا يفقهون بها »[٦] وقال « فما لهؤلاء القوم لا يكادون يفقهون حديثاً »[٧] . « قالوا يا شعيب ما نفقه كثيراً مما تقول »[٨] .

---

(١) الزمر - ٣ (٢) الانبياء - ٢٥ .

(٣) بنو العلات : أولاد الرجل من نسوة شتى . سميت بذلك لأن الذي تزوج امرأة أخرى بعد الأولى يكون قد تمتع بالثانية بعد تمتعه بالأولى وهو مأخوذ من قولهم : علل بعد نهل . أي شرب ثانياً بعد الشربة الاولى .

(٤) راجع تفسير ابن كثير جـ ٢ ص ٦٦ ، جـ ٤ ص ١٠٩ .

(٥) التوبة - ١٢٢ (٦) الاعراف - ١٧٩ (٧) النساء - ٧٨

(٨) هود - ٩١ .

ولذلك قال ابن القيم في إعلام الموقعين [1] : والفقه أخص من الفهم ، لأن الفقه فهم مراد المتكلم من كلامه ، وهو قدر زائد على مجرد فهم اللفظ في اللغة ، ويتفاوت الناس في الفهم بتفاوت مرتبتهم في الفقه والعلم .

ثم استعمل في عرف الإسلام في نوع من الفهم العميق ، وهو فهم الاحكام الشرعية .

يدل لذلك الآية السابقة « ليتفقهوا في الدين » وقول رسول الله « من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين » .

ولقد كان في صدر الإسلام يطلق على فهم الأحكام الشرعية كلها اعتقادية كانت أو عملية فكانت كلمة الفقه مرادفة لكلمة الشريعة والدين بمعناه الأعم .

كما كان يطلق على نفس الأحكام يدل لذلك قول رسول الله « رب حامل فقه إلى من هو أفقه منه » .

استمر ذلك الاطلاق الشامل حتى عصر الأئمة . فأبو حنيفة عرف الفقه . « بأنه معرفة النفس مالها وما عليها » وكان يسمى علم الكلام بالفقه الأكبر . ولما تمايزت العلوم وشاع التخصص بين العلماء ضاقت دائرة الفقه وأصبح مختصاً بنوع من الاحكام. وهو الأحكام الشرعية العملية ، فكان يطلق مرة على معرفة تلك الأحكام، وأخري على نفس الأحكام التي تستنبط بالاجتهاد .

وتبع هذا التخصص تخصيص لفظ الفقهاء بمن يعرف هذا النوع من العلم .
ويعرف على الاطلاق الأول : بأنه العلم بالاحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية .

وعلى الثاني : بأنه مجموعة الأحكام العملية المشروعة في الاسلام سواء أكانت

---

(١) ج ٢ ص ٢٦٤

شرعيتها بنص صريح من القرآن والسنة أم بالاجماع أم باستنباط المجتهدين من النصوص والقواعد العامة .

ولما شاع التقليد بين الفقهاء توسع في إطلاقه فأصبح يطلق على مجموعة الأحكام التي نزل بها الوحي صراحة والتي استنبطها المجتهدون ، وما خرجه المقلدون على قواعد أئمتهم وأصولهم .

وأضحى هذا المجموع هو المسمى بالفقه ، ومن يشتغل به أو يحفظه يسمى فقيهاً ، ومما تقدم يتبين لنا أن الفقه أخص من الشريعة وليس مساوياً لها [1] .

وهذا الفقه نظام شامل ينظم علاقات الإنسان بخالقه ، والعلاقات بين الأفراد والجماعات ، والدولة الاسلامية بغيرها من الدول في السلم والحرب ، ولهذا قسمه الفقهاء إلى قسمين رئيسيين [2] . عبادات ، وعادات ، وهذا التقسيم مبناه اختلاف المقصود الأصلي منها ، فما كان الغرض الأول منه التقرب الى الله وشكره وابتغاء الثواب في الآخرة ، فهو من قسم العبادات ، كالصلاة والصيام ، والحج والجهاد لتكون كلمة الله هي العليا ، والنذر في القربات .

---

(١) ومن الباحثين من يرى أن الشريعة مساوية للفقه لأنه اختار أنها اسم للأحكام العملية فقط وأنها أخص من الدين . راجع تفسير المنار ج ٦ ص ٤١٢ وما بعدها .

ولعله يستند في ذلك إلى قوله تعالى « لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً » فإنها تفيد بظاهرها أن كل رسول له شريعة خاصة والاختلاف بين رسالات الرسل انما هو في الأحكام العملية دون الاعتقادية والأخلاقية .

(٢) قسم فقهاء الشيعة الامامية موضوعات الفقه إلى أربعة أقسام . العبادات ، والعقود ، والايقاعات ، والأحكام . ووجه الحصر . أن المبحوث عنه في الفقه إما أن يتعلق بالأمور الأخروية أو الدنيوية ، فإن كان الأول فهو عبادات ، أما الثاني فاما أن يحتاج إلى صيغة أولاً ، فغير المحتاج إلى صيغة هو الأحكام كالديات والقصاص والميراث والأطعمة وما يحتاج إلى صيغة فقد يكون من الطرفين أو من طرف واحد ، فاذا كان من طرف واحد سمي بالايقاعات ، كالطلاق والعتق والنذر ، وإن كان من طرفين سمي بالعقود ، ويدخل فيها المعاملات والنكاح : مقدمة المختصر النافع .

وبعض فقهاء أهل السنة يقسمونه الى أربعة أقسام عبادات ومناكحات . ومعاملات وعقوبات راجع المجلة العدلية في أول مادة منها .

وما كان المقصود منه تحقيق مصلحة دنيوية ، أو تنظيم علاقة بين فردين ، أو جماعتين وما شاكل ذلك فهو من القسم الثاني « العادات » كالبيع والإجارة والمزارعة والشركة والحوالة والكفالة والرهن وغيرها .

وهناك فرق آخر بين النوعين متفرغ عن الفرق السابق ، وهو أن الأصل في العبادات أن العقل لا يستطيع إدراك السر الحقيقي لتشريعها تفصيلاً ، ويعبر العلماء عن ذلك بأنها غير معقولة المعنى ، جاءت بها النصوص آمرة أو ناهية ، لا يعلم حقيقتها إلا الله ، وكل ما نعرفه من حكمها وعللها مما ورد به النص ، أو عرف بالاستنباط لا أثر له في قياس ولا إباحة ولا إلغاء .

ولذلك ضلت العقول ضلالاً كبيراً فيها في زمن الفترات ، فخلطوا الحق بالباطل « وما كان صلاتهم عند البيت إلا مكاء وتصدية »[1] ، « ما نعبدهم إلا ليقربونا إلى الله زلفى »[2].

ولا أدل على أنها مقصورة على التعبد مما تراه من أمور كثيرة يعجز العقل عن إدراكها ، وإن أدركها فإنما يكون على وجه الإجمال لا التفصيل .

وأما العادات فالأصل فيه أنها معقولة المعنى ، يدرك العقل كثيراً من أسرارها ، ولذلك نرى العقلاء في زمن الفترات استعملوا عقولهم في تشريعها ، فأصابوا في الكثير منها ، وإن كان التوفيق جانبهم في بعضها الآخر ، ولما جاء الإسلام أقر مما كانوا يتعاملون به أموراً غير قليلة .

يرشدنا إلى ذلك أسلوب التشريع فيها ، فهو لم يعمد إلى التفاصيل ، بل جاء بالأصول الكلية ، والقواعد العامة ثم أكثر من التعليل ليكون ذلك عوناً للفقهاء على التطبيق مهما تغير الزمن واختلفت البيئات ، وأما العبادات وما ألحق بها فهي

---

(١) الانفال — ٣٥ (٢) الزمر - ٣

على العكس من ذلك ، فالقرآن جاء بها إجمالاً ، والرسول بينها أكمل بيان .

ثم إن العادات عندهم تنقسم إلى مجموعات اختلف الفقهاء في عدها حسب اختلاف أنظارهم ، ويمكن تسمية كل مجموعة باسم خاص .

والفقهاء لم يذهبوا طويلا في طريق الفصل بين هذه المجموعات - كما فعل رجال القانون الوضعي ـ لانعدام الفائدة المترتبة على هـذا الفصل في نظرهم . حيث لم يكن هناك إجراءات مختلفة في إثبات الحقوق فالقضاء موحد ، والإجراءات تكاد تكون واحدة ، والقاضي يحكم في كل نزاع يرفع إليه لا فرق في ذلك بين ما يتعلق بالأموال ، وما يتعلق بغيرها .

ومع هذا فإننا نجد الفقه الإسلامي جاء بجميع فروع القانون الوضعي الحديث . العام منه والخاص .

فالقانون العام الخارجي : وهو المسمى بالقانون الدولي العام بحثه الفقهاء في المسائل المتعلقة بالحروب وأسبابها ونتائجها[١] . وعلاقة الأمة الإسلامية بغيرها ، وهي مجموعة تحت عنوان السير [٢] والمغازي . وجميع كتب الفقه في المذاهب المختلفة عرضت هذا النوع عرضاً وافياً . كما أن الفقهاء ألفوا فيـــه . تآليف خاصة ، ككتابي السير الصغير ، والسير الكبير للإمـــام محمد بن الحسن الشيباني تلميذ أبي حنيفة ، وكتاب السير للإمام الأوزاعي إمام أهل الشام ، وكتاب الرد على سير الأوزاعي للإمام أبي يوسف تلميذ أبي حنيفة وغير ذلك مما حوته المكتبة الإسلامية .

---

(١) من عقد الصلح بعد الحروب والمعاهدات وتلك أموال الغنائم ومعاملة الأسرى والتصرف فيهم ومعاملة غير المسلمين من أهل الذمة والمستأمنين والحربيين وغير ذلك .

(٢) سميت بالسير لأنها تبين سيرة المسلمين في المعاملة مع المشركين من أهل الحرب ومـــع المرتدين عن الاسلام وغيرهم من الذميين والمستأمنين وأهل العهد ، وسميت بالمغازي لأن أصلها غزوات الرسول صلى الله عليه وسلم .

والقانون العام الداخلي بأنواعه الأربعة : الدستوري ، والاداري ، والمالي والجنائي بحثه الفقهاء ما بين موسع ومضيق .

فالجنائي مجموع في أبواب خاصة من كتب الفقه تحت عنوان « الجنايات وقطاع الطريق ، والحدود والتعزيرات ، وفيها تفصيل لأنواع الجنايات ، وتبيان للعقوبات التي قدرها الشارع لبعض الجنايات وتعرف بالحدود ، والعقوبات التي تركها من غير تقدير مفوضة إلى أولي الأمر من الحكام والقضاة وتعرف بالتعزيرات .

والقانون المالي ، بحثه الفقهاء في مواضع متفرقة من كتب الفقه العامة عند الكلام على الزكاة ، والعشر والخراج ، والجزية ، والركاز وغيرها ، وفي كتب خاصة . ككتاب الخراج لأبي يوسف تلميذ أبي حنيفة وقاضي القضاة في عهد هارون الرشيد ألفه لما طلب منه الخليفة وضع كتاب تسير عليه الدولة في السياسة المالية ، وهذا النوع بوجه عام يبحث في تنظيم بيت المال خزانة الدولة ، ببيان موارده والأموال التي توضع فيه ، والوجوه التي تصرف فيها هذه الأموال .

أما القانون الدستوري الذي يحدد شكل الحكم في الدولة ويبين السلطات العامة فيها ، ويوزع الاختصاصات بينها ، ويحدد علاقات التعاون أو الرقابة بين هذه السلطات ، ويبين الحريات العامة ، وحقوق الأفراد قبل الدولة ، أو كما يقول الفقهاء : إنه ينظم علاقة الحاكمين بالمحكومين ، وبيان كيفية اختيار الولاة وشروطهم ، وحقوق الناس عليهم ، وأحكام العدل والمساواة والشورى.

والقانون الاداري : وهو مجموعة القواعد التي تحكم نشاط السلطة التنفيذية في أداء وظيفتها . وقيامها على أمر المرافق العامة ، فلم تعرض لهما كتب الفقه بهذا العنوان وإنما عرضت لهما بعنوان السياسة الشرعية ، أو الأحكام السلطانية وفيها كتب خاصة مثل كتاب السياسة الشرعية لابن تيمية المتوفي سنة ٧٢٨ هـ

وكتاب الأحكام السلطانية والولايات الدينية للماوردي المتوفي سنة ٤٥٠ هـ وكتاب الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلى الحنبلي المتوفي سنة ٤٥٨ هـ

والقانون الخاص بفروعه .

القانون المدني المنظم للأحوال العينية فهو قسم من المعاملات في الفقه الإسلامي التي تنظم الأحوال كلها عينية كانت أو شخصية [1]

والقانون التجاري . بحث الفقهاء منه ما كانوا يحتاجون إليه في زمنهم في أبواب الشركات والمضاربة والتفليس . ثم جعلوا العرف حكماً فيما يحد فيها ، لأن التجارة حينذاك لم تكن تشعبت رتعقدت صورها كما هي عليه الآن ،بل كانت سهلة يسيرة

وأخيراً نجد قانون المرافعات . وهو مجموعة القواعد التي تبين ما يجب اتخاذه من أعمال وإجراءات لتطبيق أحكام القانون المدني والتجاري ؛ فهو يتتبع الدعوى منذ رفعها إلى تنفيذ الحكم فيها .

هذا القانون بحث الفقهاء أحكامه في أبواب الدعوى والقضاء والشهادة ، بينوا فيها كيفية رفع الدعوى ، وما يجب اتخاذه من خطوات حتى تنتهي بالحكم فيها ، والدعوي الصحيحةالتي تسمع ، وغير الصحيحة التي لا تسمع أمامالقضاء.

---

(١) هذا التقسيم اصطلاح قانوني غير موجود في الفقه الاسلامي ؛ ولقد حدد قانون تنظيم القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩م الاموراتي تعتبر من الاحوال الشخصية ليتميز اختصاصالقضاء الشرعي والاهلي حينذاك فالمادة - ١٣ - منه تنص على أن الاحوال الشخصية تشمل المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الاشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظـــام الاسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة ، والمهر والدوطة ونظام الاموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق ، والبنوة والإقرار بالابوة وإنكارها والعلاقة بين الاصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والاصهار وتصحيح النسب والتبني والولاية والوصايا والقيامة والحجر والاذن بالادارة والغيبة واعتبار المفقود ميتا وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت .

وهكذا نجد الفقه الإسلامي يحكم كل التصرفات الفردية والجماعية والدولية وما تراه من نقص في تفصيل بعض فروع القـــانون يمكن تكميله على ضوء قواعده العامة ، وأصوله المرنة .

نشأة الشريعة الإسلامية

ظهرت هذه الشريعة أول ما ظهرت في شبه الجزيرة العربية ، ولمع أول شعاع من نورهـــا في أوائل القرن السابع بعـــد ميلاد المسيح عليه السلام سنة ٦١٠ م . ظهرت بنزول الوحي لأول مرة على محمد بن عبدالله صلوات الله وسلامـــه عليه . ونمت في هذه التربة ، واستقام عودها ومنهـــاخرجت إلى البلدان الأخرى .

وإذا كان للبيئة تأثير كبير في كل شيء فلا نستطيع في دراستنا لتاريخ هذه الشريعة أن نلغي حالة العرب قبل الإسلام . فنعرض بإيجـــاز لحالتهم العلمية والدينية والقانونية لنقف منها على البواعث الداعية لإنزال هذه الشريعة .

حالة العرب قبل الإسلام

كانت الأمة العربية — في مجموعها — أمة لا تعرف القراءة ولا الكتابة ولا علم الحساب يقول الله تعالى : « هو الذي بعث في الأميين رسولا منهم يتلو عليهم آياته ويزكيهم ويعلمهم الكتاب والحكمة وإن كانوا من قبل لفي ضلال مبين » [1] ويقول الرسول الكريم : « بعثت إلى أمة أمية » ، وفي حديث آخر « نحن أمـة أميـة لا نحسب ولا نكتب . الشهر هكذا وهكذا وهكذا » مشيراً بأصابعه [2] .

---

(١) الجمعة - ٢

(٢) فسر الأمية في هـذا الحديث بأنها لا تحسب ولا تكتب أي لا تعرف علم الحساب ولا الكتاب ، والآمي منسوب إلى الأم ، وهو الباقي على أصل ولادة أمه لم يتعلم كتاباً ولا غيره فهو على أصل خلقته التي ولد عليها ، راجع الموافقات جـ ٢ صـ ٦٩ وتفسير القرطبي جـ ٧ صـ ٢٩٨ .

وبعث الله فيهم رسولاً منهم أمّياً كما أخبر بذلك القرآن في الآية السابقة ، وفي آيات أخرى كقوله تعالى « الذين يتبعون الرسول النبي الأمي » [1] وقوله « فآمنوا بالله ورسوله النبي الأمي » [2] وقوله « وما كنت تتلو من قبله من كتاب ولا تخطه بيمينك إذا لارتاب المبطلون » [3]

تعاونت هذه الأمية مع البداوة على إبعاد العرب حينذاك عن الحضارة والعلم ، فلم تكن لهم حضارة تقوم على أسس يعرفونها ، ولا علوم مدونة في كتب يدرسونها ،وليس معنى هذا أنهم تجردوا من كل فضل . بل كان لهم نصيب من ذلك وإن اختلط فيه الطيب بالخبيث .

يقول الأستاذ أحمد أمين [4] . ولم يصل لأهل الحجاز من العالم المتحضر إلا أثارة من اليهودية والنصرانية وقليل من الحكمة والفلسفة من طريق غير معبد ومع هذا فإنهم لم يرثوا مدنية وعلماً عن أمم حكموهم وتعاقبوا عليهم ، فقد أورثهم استقلالهم أنفة وعزة واعتداداً بالنفس وحرية جاوزت الحد ، حتى لقد حاولوا أن يكونوا ملوكاً أجمعين »[4] .

ويقول الشاطبي في موافقاته [5] « واعلم أن العرب كان لهم اعتناء بعلوم ذكرها الناس ، وكان لعقلائهم اعتناء بمكارم الأخلاق واتصاف بمحاسن الشيم . فصححت الشريعة منها ما هو صحيح وزادت عليه وأبطلت ما هو باطل . وبينت منافع ما ينفع ومضار ما يضر منه .

وهذه العلوم عرفوها بالتجربة مما يتلاءم مع حياتهم البدوية وقد كان منها

(١) ، (٢) الاعراف - ١٥٧ ، ١٥٨ (٣) العنكبوت - ٤٨ .

(٤) فجر الإسلام ص ٢١١

(٥) ج ٢ ص ٧١

الصحيح الذي جاء القرآن مقرراً له ، والفاسد الذي أبطله وشدد النكير على من أخذ به .

من ذلك علم النجوم ومـا يختص بها من الاهتداء في البر والبحر واختلاف الأزمـان باختلاف سيرها ، وقـد أقره القرآن في آيات كثيرة [1]

ومنها علم الأنواء [2] يعرفون بـه أوقات نزول المطر ، وهبوب الرياح المثيرة لها وإنشاء السحاب ، وكانوا يضيفون نزول الأمطار وهبوب الرياح والحر والبرد إلى الأنواء فأبطل القرآن ذلك وبين أن الله هو صاحب القدرة على هذه الأشياء ولا دخل للكواكب في شيء منها [3] .

ومنها علم التاريخ وأخبار الأمم الماضية ، فأتاهم القرآن بأخبار الغيب التي

---

(١) منها « وهو الذي جعل لكم النجوم لتهتدوا بها في ظلمات البر والبحر » « وبالنجم هم يهتدون » « هو الذي جعل الشمس ضياء والقمر نوراً وقدره منازل لتعلموا عدد السنين والحساب» « يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج »

(٢) الأنواء جمع نوء وهو ـ كما يقول الزمخشري في أساس البلاغة ـ أن يسقط نجم مع طلوع الفجر ويطلع في حياله نجم على رأس أربعة عشر منزلا من منازل القمر . فيسمى ذلك السقوط والطلوع نوءا . وفي القاموس النوء النجم مال للغروب ، أو سقوط النجم في المغرب مع الفجر وطلوع آخر يقابله في ساعته في المشرق .

(٣) قال تعالى « والله الذي أرسل الرياح فتثير سحابا فسقناه إلى بلد ميت فأحيينا به الأرض بعد موتها » « وأرسلنا الرياح لواقح » « وينشيء السحاب الثقال » وفي الحديث القدسي « أصبح من عبادي مؤمن بي وكافر فأما من قال. مطرنا بفضل الله ورحمته فذلك مؤمن بي كافر بالكواكب ومن قال مطرنا بنوء كذا وكذا فذلك كافر بي مؤمن بالكواكب »

لا يعرفونها « تلك من أنباء الغيب نوحيها إليك ما كنت تعلمها أنت ولاقومك من قبل هذا [1] » .

ومنها علم الشعر وروايته والتفنن في فنون البلاغة ، والخوض في وجوه الفصاحة ، والتصرف في أساليب الكلام . وكان هذا موضع فخرهم وهو أروج بضاعتهم . فجاءهم بالقرآن متحدياً أياهم فعجزوا .

ومنها علم الطب : أخذوه من التجارب . فأقر الإسلام صحيحه . وأبطل فاسدة كإبطاله التداوي بالخمر . فالرسول يقول في شأنها « إنها داء وليست دواء » وقال في شأن الرّقي « لا بأس بما ليس فيه شرك » وقال : « إن الله تعالى أنزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداووا ولا تداووا بحرام » أخرجه أبو داود

ومنها ما كان وسيلة إلى معرفة الغيب وما يقع في المستقبل كعلم العيافة [6] أو الزجر والطيَرَة والاستقسام بالأزلام والكهانة وخط الرمل . وهي وسائل اخترعوها بعد أن كان طريق المعرفة عندهم الرؤيا وبشارات الأنبياء من قبلهم

---

(١) هود - ٤٨ .

(٢) العيافة هي زجر الطير ، وأصله أن يرمي الطائر بحصاة أو يصيح بـــه فان ولاء في طيرانه ميامنه تفاءل به ، وإن ولاه مياسره تطير منه أي تشاءم . الطيرة بوزن العنبة ما يتشاءم به من الفأل الرديء ، وفي الحديث « إنه كان يحب الفأل الحسن ويكره الطيرة » الأزلام جمع زلم وهي أقداح ثلاثة مكتوب على أحدها « أمرني ربي » وعلى الثاني « نهاني ربي » ، والثالث غفل لا شيء عليه ، وكانوا يضربون هذه القداح عندما يريدون أمراً من الأمور ، فإن خرج الأول مضوا فيه ، وإن خرج الثاني تجنبوا هذا الأمر ، وإن خرج الثالث الغفل ضربوها مرة أخرى إلى أن يخرج الآمر أو الناهي . والاستقسام طلب الانسان ما قسم له من جهتها ، راجع أساس البلاغة ، ومختار الصحاح والقاموس ، والتاريخ الاسلامي للشيخ الخضري .

فلما جاء القرآن أبطل ذلك لأنه تخرص على الغيب من غير دليل ، وبين لهم الطريق السليم لمعرفة الغيب وأنه لا يكون إلا بالوحي ،«عالم الغيب فلا يظهر على غيبه أحداً إلا من ارتضى من رسول [1] » ويقول لرسوله : « قل لا أملك لنفسي نفعاً ولا ضراً إلا ما شاء الله ولو كنت أعلم الغيب لاستكثرت من الخير وما مسني السوء [2] » « إن الله عنده علم الساعة وينزل الغيث ويعلم ما في الأرحام وما تدري نفس ماذا تكسب غداً وما تدري نفس بأي أرض تموت ان الله عليم خبير [3] » « وعنده مفاتح الغيب لا يعلمها إلا هو [4] ».

ولما انقطع الوحي لم يبق إلا الرؤيا الصادقة . وهي جزء من النبوة والإلهام والفراسة اوهما للخاصة فقط[5] .

ومن ذلك ما كان عندهم من الإلمام ببعض الضوابط الفقهية التي يفصلون بها خصوماتهم . كقولهم في القصاص : القتل أنفى للقتل ، والدية على العاقلة ،ونظام القسامة [6] غير أن تطبيق هذه المبادىء كان يلتوي حيناً ، ويلغي حيناً آخر ، فيندفع أولياء القتيل في طريق معوج وهو الأخذ بالثأر الذي لا يقف عند حد ويرجع ذلك إلى أنهم لم يكن عندهم سلطة عليا تشرف على التنفيذ ، وأنالقضاء لم يكن ملزماً .

ولما جاء الإسلام أقر تلك المبادىء بعد أن هذبها ، وجعل القضاء بها ملزماً

---

(١) الجن - ٢٦ (٢) الأعراف - ١٨٨ .

(٣) لقمان - ٣٤ (٤) الأنعام - ٥٩ (٥) راجع حجة الله البالغة ج ١ ص ١٢٤ وما بعدها والموافقات للشاطبي ج ٣ ص ٧١ وما بعدها .

(٦) وهي أنه إذا وجد قتيل في محلة ولم يعرف قاتلهجاء أهل القتيل واختاروا خمسين رجلا من أهل تلك المحلة يحلفون اليمين أنهم ما قتلوه ولا يعرفون له قاتلاً ، فإن فعلوا حكموا بالدية على جميع أهل المحلة لأولياء القتيل .

واجب التنفيذ وسوى بين الناس لا فرق بين رئيس ومرءوس ، ولا بين غني وفقير ولا بين صغير وكبير ولا بين رجل وامرأة .

وقد كانت لهم مع تلك العلوم معاملات مالية وغير مالية تعاملوا بها بحكم الحاجة إليها ساروا فيها على ضوء ما بقي عندهم من شريعة إبراهيم وولده إسماعيل عليهما السلام . وما نقل إليهم من الشريعة الموسوية التي دخلت بلادهم مع جماعة من اليهود [1] الذين رحلوا إليها من الشام من كثرة الاضطهاد وما عرفوه من أنظمة الدول المجاورة كالفرس والروم بواسطة الاتصال الذي كان يتم عن طريق التجارة والرحلات .

وقد دخلت هذه المعاملات مفاسد كثيرة حتى كاد يضيع أساسها السليم ، فترى بجانب البيع عن تراض من المتبايعين البيع بإلقاء الحصاة وبيع الملامسة والمنابذة وبيع الغرر والربا .

كما تجد بجانب النكاح الصحيح وهو ما يكون بخطبة ومهر وعقد أمام شهود أنواعاً أخرى تمجها النفوس ،وتأنف منها الطباع السليمة كزواج الأخدان. وهو أن يشترك جمع من الرجال في الزواج بامرأة واحدة ، وقد حرمه الإسلام، ومثله في ذلك زواج المقت ، وهو أن يرث الابن الأكبر زوجة أبيه بعد موته فيتزوجها شاءت أم أبت وغيرهما [2] .

---

(١) دخل اليهود شبه الجزيرة العربية طلباً للرزق قبل ميلاد المسيح . وفراراً من اضطهاد أباطرة الرومان مرة أخرى بعد ظهور المسيحية . وكان منهم المتعصب لدينه ومنهم الباحث عن المال وكسبه من أي طريق اتفق له ، فزرعوا وتاجروا وصنعوا السيوف والدروع وباعوها لقبائل العرب ليتقاتلوا بها . وتعاملوا بالربا فأخذه العرب عنهم ، وتكونت لهم دولة في اليمن اضطهد ملوكها المسيحيين وقتلوهم حتى جاء النجاشي ملك الحبشة المسيحي وانتقم للمسيحيين فأزال دولتهم إلى غير رجعة. راجع التاريخ الاسلامي للشيخ الخضري وحياة محمد للدكتور هيكل.

(٢) راجع منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ١٣٥ .

حتى إن الزواج الصحيح عندهم ما كان يسير في طريق مستقيم لما أدخلوه عليه من مفاسدهم ، فتعدد الزوجات الذي لا يقف عند حد ، ونظام الطلاق الذي لا ينتهي عند عدّ ، فرجل يتزوج ما شاء من النساء ، وآخر يطلق امرأته ثم يعيدها . يفعل ذلك المرة بعد المرة دون حساب أو رقيب .

روى الترمذي بسنده عن عروة عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : كان الرجل في الجاهلية يطلق امرأته ما شاء أن يطلقها وهي امرأته إذا ارتجعها وهي في العدة وإن طلقها مائة مرة أو أكثر ، حتى قال رجل لامرأته : والله لا أطلقك فتبيني مني ولا آويك أبداً ، قالت وكيف ذلك ؟ قال : أطلقك فكلما همت عدتك أن تنقضي راجعتك ، فذهبت المرأة حتى دخلت على عائشة فأخبرتها فسكتت عائشة حتى جاء النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته فسكت النبي حتى نزل القرآن « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان [1] » .

وهكذا في بقية ما تعاملوا به من إجارة وشركات ومضاربة ورهن وغيرها .

وأما تدينهم فقد كانت لهم عبادات من صوم وحج وصلاة ، فصاموا يوم عاشوراء ، وطافوا حول الكعبة وعظموها ، وصلوا ودعوا حول البيت ولكن ذلك كان هزراً كما جاء في القرآن « وما كان صلاتهم عند البيت إلا مكاء وتصدية فذوقوا العذاب بما كنتم تكفرون [2] » .

عبدوا الأصنام [3] والأوثان ، وقربوا لها القرابين ، لاعتقادهم أنها تقربهم

---

(١) المرجع السابق ص٢١٤ .

(٢) الأنفال - ٣٥ .

(٣) قيل الصنم معرب شمن وهو الوثن فهما واحد ، والمراد بهما ما عبده العرب من دون الله مما اتخذوه من الأحجار أو الأخشاب أو المعادن .

وقيل بالفرق بينهما ، فالصنم ما كان على شكل الانسان من معدن أو خشب والوثن =

إلى الله كما جاء في القرآن على لسانهم « ما نعبدهم إلا ليقربونا إلى الله زلفى[1] »

من هذا نرى أن العرب كان لهم دين لكنه لهو وشرك، ولهم قانون ولكنه في نطاق ضيق ، غير أنه لم تكن هناك سلطة عليا تشرف على تنظيمه وتطبيقه فالعربي مركوز في طبيعته حب السلطان والرياسة ، وقلما يخضع لسلطان غيره إلا تحت تأثير القوة القاهرة ، أو الوازع الديني ، ولو كان ذلك الغير أباه ، أو أخاه ، أو أقرب الناس إليه .

وفي الحق أن هذا النظام لم يكن سائداً بين جميع العرب، وكيف يسودوهم قبائل عديدة متباينة التقاليد والعادات ، والوطنية عندهم وطنيـــة قبلية لا وطنية شعبية ؟

والتاريخ يحدثنا بالشيء الكثير عما كانوا عليه من الفوضى والاضطراب وما قبح من العادات .

فمن عاداتهم القبيحة التي أبطلها الإسلام . نكاح الشغار ، وهـــو أن يتفق شخصان على أن يزوج كل منهما قريبته للآخر ، فتعتبر المرأة مهراً للأخرى ، حتى إذا ماتت إحدى الزوجتين يسترد زوجها قريبته من الآخر حتى يزوجه امرأة أخرى بدلاً منها !!

هذا العمل ألغاه الإسلام ، وجعل للمرأة حرية اختيار الزوج ، وجعل لها

= والوثن ما كان على شكلة من حجر القاموس وأساس البلاغة ، والمختار. وحياة محمد للدكتور هيكل .

أول من أدخل عبادة الأوثان في العرب قيل هو عمرو بن لحي قبل بعثة الرسول بما يقرب على ثلاثمائة سنة كما أدخل كثيراً من المفاسد كتسييب السوائب وبحر البحائر . راجع حجة الله البالغة ج ١ ص ١٢٤ وما بعدها .

(١) الزمر - ٢ .

مهراً لازماً ، ومثله في ذلك نـكاح الأخدان ونـكاح المقت وقد سبقت الإشارة إليها .

ومنها . أن المدين إذا عجز عن أداء ما عليه كان للدائن أن يسترقه في نظير دينه ، فجاء الإسلام وحرم ذلك « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لـكم إن كنتم تعلمون »[1] بل زاد في ذلك فجعل الأداء على بيت المال عند الإعسار ، وجعـل الغارمين صنفاً مما يعطي لهم الصدقات « إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفـة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين »[2].

وتلك حروبهم التي قامت لسبب تافه ، أو لغير سبب ، فمن أجل سبة لجارية أو لطمة لغلام تدور رحى الحرب ، وتدوم السنين الطوال حتى يعم الخراب والدمار ، فتؤيم النساء ، وتيتم الأطفال وتنتهك الأعراض ، ويبيت كل واحد منهم غير آمن على نفسه وماله[3] ، وإذا دعا داع للحرب لبوا الدعوة من غير سؤال عن السبب ، حتى قيل في وصفهم :

لا يسألون أخاهم حين يندبهم ... في النائبات على ما قال برهانا

ولقد كان من مبادئهم[4] « أنصر أخاك ظالما أو مظلوماً » وفي هذا يقول شاعرهم :

«١» البقرة ـ ٢٨٠ . «٢» التوبة ٦٠ .

«٣» فحروب البسوس التي قامت بين بكر وتغلب ومكثت أربعين عاماً كان سببها أن رمى أحدهم ضرع ناقة للفريق الآخر . وكانت ـ كما وصفها الواصفون ـ قد فنى الحيان وثكلت الأمهات وتيتم الاطفال. دموع لا ترقأ وأجساد لا تدفن الخ، وحرب داحس والغبراء التي أحدثت اضطراباً واسعاً وقتل بسببها الالوف من البشر كانت من أجل السباق .

ولا تنس ما كان بين الأوس والخزرج من حرب طويلة مفنية قضي عليها الإسلام .

«٤» وأول من قالها جندب بن العنبر عمرو بن تيم وكانوا يريدون بها ظاهرها الذي يتفق وحمية الجاهلية . فلما جاء الاسلام فسرها النبي صلى الله عليه وسلم بما يتفق ومبادىء الاسلام فشرح نصرة الظالم برده عن ظلمه .

إذا أنا لم أنصر أخي وهو ظـالم   على القوم لم أنصر أخي وهو يظلم

وبالجملة فقد كانت النفوس والأموال والأعراض لا حرمة لها عندهم إلا في القليل النادر .. يقول ابن خلدون في مقدمة تاريخه[1] كلاماً كثيراً نقتطف منه العبارة الآتية :

«ليس عندهم في أخذ الأموال حد ينتهون إليه ، وليس لهم عناية بالأحكام وزجر الناس عن المفاسد إنما همهم ما يأخذونه من أموال نهباً أو مغرماً ، فإذا توصلوا إلى ذلك أعرضوا عما بعده من تسديد أحوالهم ، والنظر في مصالحهم . وهم متنافسون في الرياسة ، وقل أن يسلم واحد منهم الأمر لغيره ، ولو كان أباه أو أخاه أو كبير عشيرته إلا في الأقـل النادر ، فتتعدد الحكام منهم والأمراء وتختلف الأيدي على الرعية في الجباية والأحكام فيفسد العمران وينتقض .

ويقول الأستاذ الإمام محمد عبده في رسالة التوحيد[1] بعد أن وصف الفساد الذي ساد كل الأمم قبيل بعثة النبي صلى الله عليه وسلم. « وكانت الأمة العربية قبائل متخالفة في النزعات خاضعة للشهوات فخر كل قبيلة في قتال أختها وسفك دماء أبطالها، وسبى نسائها ، وسلب أموالها ، تسوقها المطامع إلى المعامع ويزين لها السيئات فساد الاعتقادات ، وقد بلغ العرب من سخافة العقل حداً صنعوا فيه أصنامهم من الحلوى ثم عبدوها ، فلما جاعوا أكلوها ، وبلغوا من تضعضع الأخلاق وهناً قتلوا فيه بناتهم تخلصاً من عار حياتهن ، أو تنصلا من نفقات معيشتهن ، وبلغ الفحش منهم مبلغاً لم يعد معه للعفاف قيمة ، وبالجملة فكانت ربط النظام الاجتماعي قد تراخت عقدها في كل أمة وانفصمت عراها عند كل طائفة » .

(١) ص – ١٢٦ .
(١) ص ١٤٨ الطبعة الخامسة .

وهذه الحالة ـ كما ترى ـ تحتاج إلى علاج حاسم ، ولا علاج إلا بقانون عام ينظم أحوالهم ويقضي على الفساد فيهم ، ولا ينفع القانون إلا بوجود سلطة عادلة تشرف على تنفيذه كما قيل .

لا يصلح الناس فوضى لاسراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا [1]

هذا عرض سريع لحالة العرب قبل الإسلام، ومنه نرى أنهم كانوا في حالة لا يحسدون عليها . فوضى في الدين ، واضطراب في النظام ، الأمر الذي جعل بعض حكمائهم ينعون عليهم ماهم فيه ، ويسفهون أحلامهم كورقة بن نوفل الأسدي ، وزيد بن عمرو بن نفيل العدوى[2].

وفي وسط هذا المجتمع الزاخر بالمآسي بعث الله محمد بن عبدالله ليخرج الناس من الظلمات إلى النور، بعد أن اختاره من أشرف قبائل العرب وأكرمها

---

(١) بعد هذا البيت :

إذا تولى سراة الناس أمرهم نما على ذاك أمر القوم وازدادوا
تهدى الامور بأهل الرأي ما صلحت فان تولت فبالجهال يتفادوا

السراة جمع سرى وهو السيد. والمعنى إذا كان الناس متساويين لا كبير لهم ولا سيد يرجعون إليه بل كان كل واحد مستقلا ينفذ مراده كيف كان تحققت المنازعة . كما في قوله تعالى « لو كان فيها آلهة إلا الله لفسدتا » .

«٢» لقد أنكر زيد هذا عليهم شركهم وعبادتهم الأصنام واعترف بوحدانية الإله هداه إليها تفكيره وفي هذا يقول :

أرب واحد أم ألف رب أدين إذا تقسمت الأمور
تركت اللات والعزى جميعاً كذلك يفعل الرجل البصير

أدين : أنقاد ، وزيد هو عم عمر بن الخطاب لأمه وابن عمه لابيه ، وذلك أن جده نفيل بن عبد العزى خلف الخطاب والد عمر من امرأه ، وعمرو والد زيد من امرأة أخرى فلما مات نفيل خلفه عمرو على امرأته الاخرى أم الخطاب فولدت له زيدا فكان زيد أخا الخطاب لأمه وابن أخيه لأبيه ، وعم عمر لأمه وابن عمه لأبيه ،

وتولاه منذ الطفولة بعنايته ، ولذلك كان مضرب الأمثال فيهم في حسن الخلق حتى لقبوه بالأمين .

ولما جاوز الأربعين من عمره جاءه وحي السماء في ١٧ رمضان ثم انقطع فترة ، ثم جاءه مرة أخرى ، واستمر على ذلك ما يقرب من ثلاث وعشرين سنة ، شرع لهم في هذه الفترة ما أصلح به عقائدهم ، وهذب أخلاقهم ، ونظم الروابط بينهم ، وسن لهم من القوانين ما سمي فيما بعد بالفقه الإسلامي .

أدوار الفقه الاسلامي

ومن هنا بدأت حياة هذا الفقه الخالد، ثم سار مع الزمن حتى وصل إلى وضعه الأخير، ولكنه لم يسر سيرة واحدة ، بل مر بأدوار مختلفة وأثرت فيه عوامل عديدة، وتنوعت مصادره تبعاً لاختلاف أطوار حياته ، ولذلك قسم المؤرخون حياته إلى أدوار ، اختلفوا في عدها تبعاً لاختلاف وجهات النظر . فهذا يقسمها إلى أربعة أدوار ، وذاك يقسمها إلى خمسة ، وثالث يقسمها إلى ستة ، ورابع يقسمها إلى سبعة أدوار .

والواقع أنه لا توجد فواصل زمنية محددة لهذه الأدوار . لأن الفقه لم ينتقل من دور إلى آخر دفعة واحدة . بل وجد بين بعض أدواره تشابه كبير . وعلى ذلك نستطيع أن نقول إن أدواره الرئيسية ثلاثة يتبعها دور أخير . هو دور النهضة الفقهية الحالية .

الدور الأول : دور التأسيس . وكان في عصر النبوة حيث وضعت أصوله العامة وقواعده الكلية ، ولم يبق إلا تطبيقها .

الدور الثاني : دور البناء والكمال . ويشمل عصور الاجتهاد . ويبدأ بعد وفاة الرسول مباشرة في سنة ١١ هـ. وينتهي في منتصف القرن الرابع الهجري تقريباً عندما قيل : إن باب الاجتهاد قد أغلق . وادعى الإجماع على ذلك .

الدور الثالث : دور التنظيم ثم الوقوف عن التقدم . ويبدأ حيث انتهى الدور السابق ويشمل عصور التقليد كلها .

الدور الأخير : دور النهضة الحالية .

الدور الأول : دور التأسيس

ومدته ثلاث وعشرون سنة تقريباً . وهي من الناحية التشريعية تنقسم إلى قسمين قسم ما قبل الهجرة إلى المدينة ، ومدته ما يقرب من ثلاث عشرة سنة ، أو على وجه التحديد إثنتا عشرة سنة وخمسة أشهر وواحد وعشرون يوماً [١] .

وقسم ما بعد الهجرة : ومدته تزيد على عشر سنوات ، ولهذا انقسم القرآن تبعاً لذلك إلى قسمين : مكي . وهو ما نزل قبل الهجرة . ومدني : وهو ما نزل بعدها على أصح الأقوال .

وفي القسم الأول من هذا الدور عُني الوحي أولاً بإصلاح العقيدة وتخليصها من شوائب الوثنية وتهذيب النفوس بتجريدها من رذائل الصفات ، حتى تجتمع القلوب على توحيد الله ، وتسموا النفوس وتترفع عن سفاسف الأمور

ولذلك نرى معظم ما نزل من القرآن في هذه الفترة كان خاصاً بهذين الأمرين لأن العقيدة وما يتعلق بها هي الأساس الأول في بناء الدولة الجديدة ، وممـــا

«١» محاضرات الشيخ الخضري في التاريخ الاسلامي .

لا ريب فيه أن علاجه لهذه الحالة كان شافياً ، ومسلكه فيه كان حكيماً .

دعاهم إلى استعمال عقولهم. والتأمل في ملكوت السموات والأرض وما فيهن ليهتدوا إلى وجه الحق ، وأنكر عليهم إهدار عقولهم بعبارات منوعة « أفلا تعقلون » . « أفلا تتفكرون » « أفلا تبصرون » . ويندد بهم في تقليدهم الآباء والأجداد . فيرد عليهم ذلك التقليد بقوله: « أوَلَوْ كان آباؤهم لا يعقلون شيئاً ولا يهتدون » لما قالوا « بل نتبع ما ألفينا عليه آباءنا »[١].

ويقول سبحانه : « وإذا قيل لهم تعالوا إلى ما أنزل الله وإلى الرسول قالو حسبنا ما وجدنا عليه آباءنا أو لو كان آباؤهم لا يعلمون شيئاً ولا يهتدون »[٢].

ولفت نظرهم إلى ما في الكون من آيات « إن الله فالق الحب والنوى يخرج الحي من الميت ومُخرج الميت من الحي ذلكم الله فأنّى تؤفكون: فالق الإصباح وجعل الليل سكناً والشمس والقمر حسباناً ذلك تقدير العزيز العليم »[٣].

« ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين ثم جعلناه نطفة في قرار مكين ثم خلقنا النطفة علقة فخلقنا العلقة مضغة فخلقنا المضغة عظاماً فكسونا العظام لحماً ثم أنشأناه خلقاً آخر فتبارك الله أحسن الخالقين »[٤].

«الله الذي خلقكم من ضعف ثم جعل من بعد ضعف قوة ثم جعل من بعد قوة ضعفاً وشيبة يخلق ما يشاء وهو العليم القدير »[٥].

« وفي أنفسكم أفلا تبصرون »[٦].

« أفلا ينظرون إلى الإبل كيف خلقت . وإلى السماء كيف رفعت .

---

(١) البقرة : ١٧٠ (٢) المائدة : ١٠٤ (٣) الأنعام : ٩٥ ، ٩٦
(٤) المؤمنون : ١٢ ، ١٣ ، ١٤ (٥) الروم : ٥٥ (٦) الذاريات : ٢١

وإلى الجبال كيف نصبت . وإلى الأرض كيف سطحت . فذكر إنما أنت مذكر »[1].

« أفلم ينظروا إلى السماء فوقهم كيف بنيناها وزيناها وما لها من فروج .

والأرض مددناها وألقينا فيها رواسي وأنبتنا فيها من كل زوج بهيج. تبصرة وذكرى لكل عبد منيب[2].

ثم دعاهم إلى عبادة الله وحده « قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم أن لا نعبد إلا الله ولا نشرك به شيئاً ولا يتخذ بعضنا بعضاً أرباباً من دون الله فإن تولوا فقولوا اشهدوا بأنا مسلمون »[3].

وبين لهم أن تعدد الآلهة مفسد للكون ونظامه « لو كان فيهما آلهة إلا الله لفسدتا فسبحان الله رب العرش عما يصفون[4].

كما طلب منهم الإيمان بالرسل السابقين وما أنزل إليهم ، وتوعد المفرقين بين الرسل بعذاب مهين كما وعد الذين لم يفرقوا بينهم في الإيمان بالأجر العظيم فيقول جل شأنه : « إن الذين يكفرون بالله ورسله ويريدون أن يفرقوا بين الله ورسله ويقولون نؤمن ببعض ونكفر ببعض ويريدون أن يتخذوا بين ذلك سبيلا أولئك هم الكافرون حقاً واعتدنا للكافرين عذاباً مهيناً . والذين آمنوا بالله ورسله ولم يفرقوا بين أحد منهم أولئك سوف نؤتيهم أجورهم وكان الله غفوراً رحيما»[5].

وطلب منهم إذا جادلوا أهل الكتاب أن يجادلوهم بالحسنى ويبينوا لهم أنهم متفقون على عبادة إله واحد « ولا تجادلوا أهل الكتاب إلا بالتي هي أحسن

---

(١) الغاشية من ١٦ - ٢٠ (٢) ق : ٦ ، ٧
(٣) آل عمران : ٦٤ (٤) الأنبياء :
(٥) النساء : ١٥٠ - ١٥٢

إلا الذين ظلموا منهم وقولوا آمنا بالذي أنزل إلينا وأنزل إليكم وإلهنا وإلهكم واحد ونحن له مسلمون »[1].

ثم أزال الفوارق بين الناس ، وقضى على العصبيات « يأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم »[2].

وضرب لهم الأمثال[3] « واضرب لهم مثل الحياة الدنيا كماء أنزلناه من السماء فاختلط به نبات الأرض فأصبح هشيماً تذروه الرياح وكان الله على كل شيء مقتدراً »[4] « اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو وزينة وتفاخر بينكم وتكاثر في الأموال والأولاد كمثل غيث أعجب الكفار نباته ثم يهيج فتراه مصفراً ثم يكون حطاماً وفي الآخرة عذاب شديد ومغفرة من الله ورضوان وما الحياة الدنيا إلا متاع الغرور »[5]

« إن مثل عيسى عند الله كمثل آدم خلقه من تراب ثم قال له كن فيكون »[6] ثم يبين الحكمة في ضرب الأمثال في قوله : « ولقد ضربنا للناس في هذا القرآن من كل مثل لعلهم يتذكرون »[7].

وقص عليهم قصص السابقين وما نزل بهم من عذاب نتيجة عنادهم ، وكفرهم برسلهم ، وأثبت لهم اليوم الآخر . وما فيه من جنة يثاب فيها المتقون ، ونار يعاقب فيها الجاحدون .

---

(١) العنكبوت : ٤٦ (٢) الحجرات : ١٢

(٣) عني القرآن المنزل بمكة بهذه الامور عناية كبيرة ولم يتجاوزها إلى التشريع العملي إلا نادراً ، والقرآن المنزل بالمدينة لم يترك هذه الامور ، بل كان ينزل بها مع التشريع العملي للتذكير ، من أجل ذلك كانت معظم الآيات التي سقناها هنا مكية وبعضها مدني نزل بالمدينة .

(٤) الكهف : ٤٥ (٥) الحديد : ٢٠ .

(٦) آل عمران : ٥٩ (٧) الزمر : ٢٧ .

وحضهم على التخلق بالخلق الكريم الذي هو من لوازم العقيدة الصحيحة والإنسانية المهذبة ، ونفرهم من الأخلاق المرذولة مبيناً مـا يلحق صاحبها من السوء في الأولى والآخرة في آيات عديدة :

« وعباد الرحمن الذين يمشون على الأرض هوناً وإذا خاطبهم الجـاهلون قالوا سلاماً »[1].

«يأيها الذين آمنوا إذا قيل لكم تفسحوا في المجالس فافسحوا يفسح الله لكم»[2].

« وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً »[3].

« فمن نكث فإنما ينكث على نفسه ومن أوفى بمـا عاهد عليه الله فسيؤتيه أجراً عظيما »[4].

« وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولئن صبرتم لهو خير للصابرين »[5].

« وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها »[6].

« قول معروف ومغفرة خير من صدقة يتبعها أذى »[7].

« يأيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيراً منهم ، ولا نساء من نساء عسى أن يكن خيراً منهن ولا تلمزوا أنفسكم ولا تنابزوا بالألقاب»[8].

« ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضاً »[9].

---

(١) الفرقان : ٦٢ (٢) المجادلة : ١١ (٣) الإسراء : ٣٤
(٤) الفتح : ١٠ (٥) النحل : ١٢٧ (٦) النساء : ٨٦
(٧) البقرة : ٢٦٣ (٨ و ٩) الحجرات : ١١ ، ١٢

« ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوماً محسوراً »[1].

« ومن يتوكل على الله فهو حسبه »[2] .

ولم يعرض في هذه الفترة لشيء من التشريعات العملية إلا لما له ارتباط خاص بالعقيدة كتحريم ما لم يذكر اسم الله عليه من الذبائح « ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق »[3] أو كان عبادة عملية تربطهم بالله ، وتوجههم إلى الخير . كالصلاة « وأقم الصلاة إن الصلاة تنهي عن الفحشاء والمنكر »[4].

حتى أنه بصدد إيذاء الأعداء لم يأمرهم بمقاتلتهم بل أمرهم بالعفو والصفح الجميل ، والصبر على الأذى ، ولم يأذن لهم بالقتال إلا في أواخر أيامهم بمكة ، والسبب في ذلك أنهم كانوا قلة مستضعفين ، ولم تتكون لهم وحدة اجتماعية مستقلة بعد ، حتى يشرع لها من النظم والقوانين ما تسير عليه ، وتحكم به ، أو يكلفهم بالقتال .

وفي الفترة الثانية

وهي ما بعد الهجرة بدأت تتكون نواة الدولة الإسلامية ، وأصبح لها كيان دولي ، وحينئذ مست الحاجة إلى التشريع العملي على أتم صوره ، فاتجه الوحي إلى تنظيم الدولة داخلياً وخارجياً ، فشرع لهم الأحكام التي تتناول شؤونهم كلها سواء منها ما يتعلق بحياة الفرد أو الجماعة ، أو بعلاقة الدولة بغيرها ، فشرع العبادات والجهاد ، ووضع الحدود والعقوبات للجنايات المختلفة ،

---

(١) الإسراء : ٢٩ (٢) الطلاق : ٣
(٣) الانعام : ١٢١ (٤) العنكبوت : ٤٥

كما وضع للقضاء نظاماً . وللأسرة نظاماً كاملاً ، فنظم الزواج وما يتعلق بـه من نفقات وثبوت نسب للأولاد ، ورسم طريق فصم عقـدة الزواج إذا دعت إليه حاجة أو ضرورة بحيث لا يلحق أحـد الطرفين ضرر ولا عنت ، فشرع الطلاق وحدد مراته بالثلاث ، كما شرع العدة حتى لا تختلط الأنساب ، ووضع نظـام المواريث ، فجعل لكل قريب نصيباً حسب درجته من المورث بعد أن كانت المواريث عندهم إغداقاً على البعض ، وحيفاً على البعض ، وحرماناً للآخرين[1].

---

(١) كان الإرث في الجاهلية يثبت بالقرابة والتبني ، والحلف والمعاهدة .

أما القرابة فما كانوا يورثون بها إلا الرجال المحـاربين الذين يحمون الذمار ويحوزون الغنيمة ويحرمون منه النساء والأطفال .

وجاء الاسلام وجعل لكل نصيباً « للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الولدان والاقربون مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً » .

أما التبني فقد كان الرجل يدعي نسب ابن غـيره فينسب إليه حتى ولو كان معلوم النسب ومتى تم ذلك أصبح هذا المدعي ولداً للمدعي يرثه كابنه الحقيقي سواء بسواء بل كان يأخذ كل ماله إذا لم يكن له ولد ذكر بلغ مبلغ الرجال .

وهذا أبطله الاسلام فبطل كونه سبباً للإرث « أدعوهم لآبائهم » .

أمـا الحلف والمعاهدة فقد كان الرجل إذا قال لغيره:« دمي دمك وهدمي هدمك وترثني وأرثك وتطلب بي وأطلب بك» وقبله الآخر صار ذلك عقداً، وحلفاً موجباً للإرث بين الرجلين. وقد أقره الاسلام أول الامر بقوله «والذين عقدت إيمانكم فآتوهم نصيبهم » ثم نسخ ذلك عند بعض العلماء بنزول قوله تعالى: « وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض » وذهب آخرون إلى أن الارث بالحلف لم ينسخ إلا في حالة وجود القريب إعمالاً للآيتين ، فإن قوله تعالى « فآتوهم نصيبهم » تنصيص على ان بالحلف تستحق النصيب من الميراث مع وجود القريب ، فلما نزل قوله « وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله » نسخ ميراث الحليف مع وجود القريب فقط وبقي الإرث في غير هذه الحالة . راجع أصول السرخسي ج ٢ ص ٨٥ .

ووضع نظام الحرب والسلم ليحفظ للدولة الإسلامية هيبتها وكرامتهـــا من غير بغي ولا عدوان على أعدائها ، فجعل القتـــال والقتل ضرورة ، والسلم والمسالمة هي الأساس فيقول جل شأنه : « وإن جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله » [1]

ويقول : « وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين واقتلوهم حيث ثقفتموهم وأخرجوهم من حيث أخرجوكم والفتنة أشد من القتـــل ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه فإن قاتلوكم فاقتلوهم كذلك جزاء الكافرين فإن انتهوا فإن الله غفور رحيم وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين لله فإن انتهوا فلا عدوان إلا على الظالمين [2] .

ويقول : « إن شر الدواب عند الله الذين كفروا فهـــم لا يؤمنون الذين عـاهدت منهم ثم ينقضون عهدهم في كل مرة وهم لا يتقون ، فإمـــا تثقفنهم في الحرب فشرد بهم من خلفهم لعلهم يذكرون : وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء إن الله لا يحب الخائنين » [3] .

وبالجملة لم يترك ناحية من نواحي الحياة إلا نظمها تنظيما دقيقاً محكماً ، ولا يفهم من هذا أن كل ما جاء به الرسول من تشريعات كان جديداً ، بل منه ما كان جديداً ، ومنه ما كان معمولاً به قبله ، ولكنه أدخل عليه من التعديل ما يجعله صالحاً للعمل به .

وعلى هذا نستطيع أن نقول : إن الإسلام لم يهدم كل ما وجد عليه أهـــل الجاهلية ، بـــل نراه هدم الفاسد من كل وجه ، فحرم الربا لأنه أكل أموال

---

(١) الانفال : ٦١ .

(٢) البقرة : ١٩٠ ـ ١٩٣ : (٣) الانفال : ٥٥ ـ ٥٨ .

الناس بالباطل ، والزنى لأنه انتهاك للأعراض ، وخلط للأنساب ، وحرم الخمر لأنها مفسدة للعقول التي هي من أجل النعم ، وهذب مـا احتاج إلى التهذيب كالبيع حيث جعله مبنياً على التراض « يأيهـا الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »[1] ، والسلم وهو بيـع الإنسان شيئاً ليس عنده بثمن عاجل فقال رسول الله : « من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلي أجل معلوم » .

وألغى بيوع الملامسة والمنابذة وإلقـاء الحصاة ، ونظم الزواج ، فأقر منه النوع المعروف وهو ما يكون فيه خطبة ومهر وشهود ، وألغى منه ما كان زنى أو قريباً منه ، وأقر أصل الطلاق ، وحدد مراته بالثلاث بعـد أن كان عندهم لا يقف عند عدد معين ، وبعد هذا التهذيب والتنظيم يكون تشريعاً إسلامياً لا جاهلياً كما كان . .

والسبب في ذلك أن الإسلام لم يأت ليهدم كل ما كان عليه الناس من مدنية وأخلاق وعادات ليؤسس على أنقاضها مدنية جديدة وعادات وأخلاقاً أخرى وإنما كان ينظر إلى الأشياء من جهة ما فيها من مصلحة أو مفسدة ، ويعطيهـا الحكم تبعاً لذلك

فهو إذاً جاء للبناء لا للهدم ؛ لأن غرضه الإصلاح لا الحكم والسلطان . وهي خاصة لازمة عندما اجتاز حدود شبه الجزيرة العربية بعد وفاة الرسول الكريم ، فإن المسلمين لم يبطلوا كل ما تعوده الناس من عادات بل كانوا يقرون الصالح ، ويلغون الفاسد .

ومما يجب التنبيه عليه ههنا أن إقرار الإسلام بعض ما تعوده العرب لا يجعله مستمداً بعض أحكامه من غيره ، ولا يصرفه عن كونه تشريعاً سماوياً نزل به الوحي للأمور الآتية :

«١» النساء : ٢٩ .

أولا : أنه لا يبعد أن تكون هـذه العادات التي أقرها في أصلهـا تشريعاً سماوياً نقلها العرب عن أصحاب الديانات السابقة ممن نزحوا الى الجزيرة العربية وعاشوا فيها معهم، أو ممن التقوا بهم في أسفارهم في رحلاتهم للتجارة ، فالاسلام لم ينسخ الشرائع السابقة بجميع أحكامهـا بدليل اتفاقه معها في أحكام العقائد والأخلاق [1] .

ثانياً : إن أحكام الإسلام لا تناقض العقول لأنه جاء محرراً للعقل ففك قيوده ودعاه إلى التأمل والنظر في ملكوت السموات والأرض ونعى عليه التقليد والجمود على ما كان عليه الآباء والأجداد .

وإذا كان كذلك فلا غرابة إذاً في أنه أقر بعض النتاج العقلي إذا لم يكن مبعثه الهوى والغرض . ولا أدل على ذلك من تشريعه للاجتهاد لمن تأهل له فيما ليس فيه نص ، وما الاجتهاد إلا عمل عقلي منظم مجرد عن الهوى .

ثالثاً : إن هذه المعاملات التي أقرها لو لم تكن موجودة قبله لابتدأ تشريعها من جديد لحاجة الناس إليها ، ولو لم يقرها لكانت باطلة ولما أصبحت تشريعاً إسلامياً .

على أن ما أقره منها قليل بالنسبة لما ألغاه . ولم يقره على وضعه عندهم بل أقر أصله وأدخل عليه من التعديلات ما يجعله جديداً في جملته .

ولعل هذا الأمر هو الذي حمل بعض الكتاب من غير المسلمين على الطعن في بعض تشريعات الإسلام [2] ، كما حمـــل بعض المسلمين على المطالبة بتغيير بعض أحكامه لأن تطبيقها يؤدي إلى ضرر الناس وفساد المجتمع ، فأصبحت غـــير ملائمة للعصر الذي نعيش فيه ، وسنعرض هنا بإيجاز لبعض المسائل التي أثير حولها الجدل لنبين فيها مدى التجني على هذه الشريعة .

---

(١) وقد أشرنا الى ذلك فيما سبق ص ٢٣

(٢) ولذلك يعبرون عن هذه الشريعة بالشريعة العربية في كثير من كتاباتهم .

الإسلام والمرأة

زعم أعداء الإسلام أنه لم ينصف المرأة فلم يسو بينها وبين الرجل في بعض الحقوق حيث جعل نصيبها في الميرات على النصف من نصيب الرجل، وكذلك في الشهادة ، وجعل له سلطاناً عليها فملكه الطلاق وأباح له التزوج مثنى وثلاث ورباع إلى غير ذلك .

ونحن نقول لهؤلاء : إن التشريع الإسلامي من وضع الله رب العالمين الذي خلق الرجل والمرأة وهو العليم الخبير بما يصلح شأنهم من تشريعات . ولم يكن في تشريعه يميز طائفة على حساب الأخرى فالكل عنده سواء لأنهم عباده « وما خلقت الجن والأنس إلا ليعبدون(١) » . وفي كثير من الآيات يجمع بين الرجال والنساء . يقول سبحانه : « إن المسلمين والمسلمات والمؤمنين والمؤمنات والقانتين والقانتات والصادقين والصادقات والصابرين والصابرات والخاشعين والخاشعات والمتصدقين والمتصدقات والصائمين والصائمات والحافظين فروجهم والحافظات والذاكرين الله كثيراً والذاكرات أعد الله لهم مغفرة وأجراً عظيماً » .

« وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ومن يعص الله ورسوله فقد ضل ضلالاً مبيناً »(٢)

ويقول جل شأنه : « من عمل صالحاً من ذكر أو أنثى وهو مؤمن فلنحيينه حياة طيبة ولنجزينهم أجرهم بأحسن ما كانوا يعملون »(٣)

ويقول : « يأيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيراً منهم ولا نساء من نساء عسى أن يكن خيراً منهن»(٤)

---

(١) الذريات - ٥٦ (٢) الأحزاب - ٢٥ - ٢٦ (٣) النحل - ٩٧
(٤) الحجرات - ١١

ويقول : « قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم[1] »

« وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن »[2].

فهذه الآيات وغيرها تخاطب الرجال والنساء على السواء وتسوي بينهم في توجه التكليف إليهم وتَعِدُ هؤلاء وهؤلاء بالثواب على الامتثال وعمل الخير .

ومن يستعرض أحكام المرأة يجد أن الله أكرمها وحماها من ظلم الجاهلية وكفل لها الحياة بتحريم وئدها « وإذا بشر أحدهم بالأنثى ظل وجهه مسوداً وهو كظيم يتوارى من القوم من سوء ما بشر به أيمسكه على هون أم يدسه فى التراب ألا ساء ما يحكمون [3] »

وإذا الموءودة سئلت بأي ذنب قتلت» [4]

ثم رتب لها حياة زوجية كريمة فحماها من تعسف الرجل حال الزوجية وبعدها « وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً »[5] « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولاتمسكوهن ضراراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه » [6]

« وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً » [7]

وجعل لها نصيباً في الميراث بعد أن كانت محرومة منه « للرجال نصيب

«١» ، «٢» النور - ٣٠ ، ٣١ «٣» النحل ٥٨ ، ٥٩
«٤» التكوير - ٨ ، ٩ «٥» النساء - ١٩
«٦» البقرة - ٢٣١ «٧» النساء - ٢٠ ، ٢١

مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً » [1] .

وليس من الظلم في شيء أن يكون نصيبها على النصف من نصيب الرجل إذا عرفنا أن الرجل هو المسئول عن الأسرة زوجه وأولاده فالانفاق واجب عليه لنفسه ولهؤلاء جميعاً وغيرهم من الأقارب الذين لا مال لهم . أما المرأة فنفقتها على غيرها قبل زواجها وبعده فإذا كانت متزوجة فنفقتها على زوجها وإن كان لها مال ، وإذا لم تكن زوجة فنفقتها في مالها فإن لم يكن لها مال فنفقتها على أقرب الناس إليها . فتكاليفها في الحياة قليلة فلا عجب إذاً أن يكون لها هذا النصيب الذي تختص به في غالب الأحيان .

وتكاليف الرجال الكثيرة مرتبطة بالقوامة على المرأة يشير لذلك قوله تعالى : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم [2] » .

وأما جعل الطلاق بيد الرجل فللمحافظة على بقاء الزوجية لأنه أملك لنفسه من المرأة فلا يتسرع في إيقاع الطلاق وبخاصة إذا كان هو المكلف بدفع المهر لها والانفاق عليها ولو جعل أمر الطلاق إليها لما استقرت الحياة الزوجية .

على أن الشارع جعل لها افتداء نفسها برد ما أخذته من الزوج « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون [3] » .

---

١ ـ النساء ـ ٧ ٢ ـ النساء ـ ٣٤ .
٣ ـ البقرة ـ ٢٢٩

وهذا الافتداء يسمى بالخلع، وجاء في سبب شرعيته ما رواه البخاري وغيره عن ابن عباس قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله : إني لا أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام . فقال رسول الله : أتردين عليه حديقته ؟ فقالت نعم . فقال رسول الله : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة » وفي رواية أنها قالت : نعم فأخذها له وخلى سبيلها. فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال قد قبلت قضاء رسول الله»[1].

كما جعل لها أن تطلب الطلاق ـ على ما استنبطه الفقهاء ـ إذا تضررت بغيبة الزوج أو عدم الانفاق عليها أو إيذائها .

كما جعل لها الحرية في التصرف في مالها لا يتصرف فيه أحد بدون إذنها، بل جعل زواجها بمحض رضاها لا تجبر عليه . وفي ذلك يروى أصحاب السنن عن رسول الله أنه قال : الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها » .

وعن عائشة رضي الله عنها قالت : قلت يا رسول الله تستأمر النساء في أبضاعهن ؟ قال نعم ، قلت إن البكر تستأمر فتسكت ، فقال سكاتها إذنها » متفق عليه[2]

وروى أصحاب السنن عن عبدالله بن بريدة عن أبيه قال : جاءت فتاة إلى رسول الله فقالت . إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته ، قال : فجعل الأمر إليها ، فقالت قد أجزت ما صنع أبي ، ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء[3]».

---

(١) منتقي الاخبار بشرح نيل الأوطار جـ ٦ صـ ٢٠٩ .

(٢) المرجع السابق صـ ١٠٣ (٣) المرجع السابق صـ ١٠٩

وأما جعل شهادتها على النصف من شهادة الرجل كما جاء في قوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى »[1] فليس ذلك إهانة لها ، بل تكريماً لها وتخفيفاً عليها .

أما تكريمها فلأن الشهادة تؤدي في مجلس القضاء وقد تستحي أو تتأذى من حضورها في هذا المجلس لماله من الهيبة والرهبة ، فأراد الشارع أن يبعدها عن هذا المكان بقدر الإمكان ، فلم يجعل لها شهادة إلا في بعض المواضع وهي الأمور التي لا يطلع عليها إلا النساء ، أو إذا لم يتوفر الشهود من الرجال خشية ضياع الحقوق بترك الشهادة .

وأما التخفيف فلأن هذه الشهادة في المعاملات المالية وما يقوم مقامها من المعاوضات، والمرأة لا تشتغل بذلك في الأصل ، فإذا شهدت فيها وحدها ربما تنسى المشهود عليه أو تخطىء فيه، لأن الإنسان لا يتذكر إلا الأشياء التي يكثر اشتغاله بها ، فجعل المولى سبحانه شهادتها مع امرأة أخرى ، فإذا أخطأت إحداهما أو نسيت شيئاً ذكرتها الأخرى . فكانت شهادة إحداهما متممة لشهادة الأخرى . « أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى » أي حذر أن تضل أو تخطىء لعدم ضبطها وقلة عنايتها .

ويقول الأستاذ الإمام محمد عبده : إن الله تعالى جعل شهادة المرأتين شهادة واحدة، فإذا تركت إحداهما شيئاً من الشهادة كأن نسيته أو ضل عنها تذكرها الأخرى وتتم شهادتها ، وللقاضي بل عليه أن يسأل إحداهما بحضور الأخرى ويعتد بجزء الشهادة من إحداهما وبباقيها من الأخرى ، قال هذا هو الواجب وإن كان القضاة لا يعملون به جهلاً منهم .

وأما الرجال فلا يجوز له أن يعاملهم بذلك ، بل عليه أن يفرق بينهم فإن

---

(١) البقرة - ٢٨٣

قصر أحد الشاهدين أو نسي فليس للآخر أن يذكره ، وإذا ترك شيئاً تكون الشهادة باطلة[1].

أما أباحة التزوج للرجل بأكثر من واحدة فليس في ذلك ظلم للمرأة إذا عرفنا الحكمة التي من أجلها شرع ذلك التعدد والقيود التي قيد بها ، وهذا ما نعقد له البحث التالي لأنه مما وجه إلى الإسلام من طعون .

الإسلام وتعدد الزوجات

جاء الإسلام والعرب في جاهليتهم يعيشون في فوضى تعدد الزوجات الذي لا يقف عند حد ، فكان الواحد يتزوج جملة من النساء تقل وتكثر تبعاً لقلة ماله وكثرته وحالته الجسمية قوة وضعفاً ، ومركزه في قبيلته أو عشيرته عدا ما يتخذه من الخليلات .

فلم يكن يحسب للمرأة حساباً وليس لها عليه حقوق ، ولم يكن ثمة عدل ولا مساواة . فقد تملك إحداهن عليه نفسه لسبب أو لآخر فيؤثرها بحبه ويترك سائرهن كالمعلقات لا هن بذات أزواج ولا هن خاليـات .

فهل من المعقول أن يمنع هذا التعدد الظالم بكلمة واحدة وفي الرجال طائفة لا تسد حاجة الواحد منهم امرأة واحدة ؟ فماذا يفعل هؤلاء وقـد حرم عليهم الزنى تحريماً مؤكداً ؟ أيوقعهم في الحرج وقد نفاه عنهم في تشريعه « وما جعل عليكم في الدين من حرج » ؟

فكان لا بد والحالة هذه من الإبقاء على التعدد ليكون علاجـاً للبعد عن الزنى الذي حرمه ، لأن التشريـع الإسلامي يسير على قاعدة . أنه كلما حرم على

(١) تفسير المنار ج ٣ ص ١٢٥

الناس شيئاً فتح لهم بابا من الحلال ليعوضهم عما قد يفوتهم مما حرمه عليهم .

فحينما حرم الزنى أباح التعدد ليجد الرجال الذين يغلب عليهم سلطان الشهوة ولا تكفيهم امرأة واحدة منقذاً من الحلال ، على أن للتعدد مبرراته الأخرى التي فصلها الفقهاء .

ولكنه لم يبق التعدد كما كان في الجاهلية بل جعل غايته أربعا وجعل له شروطاً حتى لا يكون طريقاً لايقاع الظلم بالمرأة .

يقول تعالى : « وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا »[1].

وبعد ذلك وقف الناس عند هذا الحد حتى أن الرجل إذا أسلم وعنده أكثر من هذا العدد كان الرسول يأمره بأن يمسك منهن أربعا ويفارق الباقي .

ومن ذلك ما رواه أصحاب السنن عن ابن عمر قال : أسلم غيلان الثقفي وتحته عشر نسوة فأسلمن معه فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعاً »[2].

ومن يتدبر الآية السابقة يجدها أباحت التعدد لمن يأنس من نفسه العدل بينهن بل جعلت مجرد خوف عدم العدل مانعاً من التعدد « فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة » .

فإذا كان عدم العدل محققاً يكون المنع أشد .

وقد فصل العلماء هذا الإجمال في الآية فقالوا : إن شرط إباحة التعدد أن

---

(١) النساء - ٣ (٢) نيل الأوطار جـ ٦ صـ ١٣٦

يأنس الشخص من نفسه القدرة على العدل بين الزوجات ، وأن يكون قادراً على الإنفاق وكل ما تتطلبه الحياة الزوجية ، بل إن القدرة على ذلك شرط في أصل الزواج كما جاء في الحديث «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء» .

والباءة هي ما تتطلبه الحياة الزوجية من تكاليف . فإذا كان هذا في أصل الزواج الفردي فيكون شرطاً من باب أولى في التعدد مع شرط التيقن من أنه سيعدل بينهن أو يغلب على ظنه ذلك على الأقل ، فإذا انتفى الأمر ان فلا إباحة

فما يفعله بعض السفهاء باسم الإسلام من تعدد الزوجات مع عدم القدرة أو عدم العدل مما يترتب عليه مفاسد كثيرة ليس من الإسلام في شيء، ولا يعتبر عيباً يعاب به الإسلام لأن أصل التشريع شيء وسوء التطبيق شيء آخر .

هذا هو موقف الإسلام من تشريع تعدد الزوجات شرحناه إجمالاً وبينا سبب شرعيته والغرض الذي من أجله شرع ، وهو تشريع سليم في أصله ، ومن الخطأ أن ينسب إليه ما ترتب على سوء تطبيقه . أما ما يرجف به المرجفون من أن تعدد الزوجات الذي أباحه الإسلام يعتبر نقطة ضعف فيه فهذا مجرد افتراء لا يقبله عقل ولا يقوله منصف ، وإنما هي كلمة مغرض حاقد « كبرت كلمة تخرج من أفواههم إن يقولون إلا كذباً »

فالإسلام الذي جاء يعالج مشاكل المجتمع أنزله الله للناس الذين استخلفهم في الأرض وهو أعلم بمشاكلهم وأقدر على حلها من سواه .

ونحن لو نظرنا إلى الواقع لوجدنا أن التعدد ضرورة من ضرورات المجتمع لا يستغني عنها قلة من الرجال وهم الذين لا تسد حاجة الواحد منهم امرأة واحدة . لذلك تجد هذا التعدد موجوداً في المجتمع غير الإسلامي كما هو موجود في المجتمع الإسلامي ، مع الفارق الكبير بينهما . فهذا تعدد مشروع مضبوط تتساوى فيه الزوجات في الحقوق الزوجية ، فكل واحدة لها ما للأخرى من حقوق

كما أن أولادهن متساوون في النسبة إلى أبيهم . أولاد شرعيون ينتسبون إليه على السواء لهم نفقاتهم ويحظون برعايته وإذا مات كانوا ورثته جميعاً .

وذاك تعدد غير مشروع تستقل واحدة بشرعية معاشرة زوجها وينتسب إليه أولادها فقط وتبقى الأخيرات لا تربطهن بالرجل إلا علاقة أثيمة ، وثمرة هذه العلاقة أولاد غير شرعيين لا ينتسبون إلى أب ، فلا حقوق لهم عليه لا في حياته ولا يرثونه بعد وفاته .

ويبقى بعد ذلك اختلاف نظرة المجتمع إلى هؤلاء وهؤلاء فينظر إلى البعض نظرة إجلال واحترام وإلى الآخرين نظرة احتقار وازدراء .

فأي الأمرين خير للمرأة أتكون زوجة مع أخرى موفورة الكرامة تعيش في بيت الزوجية في شبابها وشيبها . وفي كلتا الحالتين يقف وراءها رجل يحافظ عليها وينفق عليها وعلى أولادها .

أم تكون الأخرى فتختار لنفسها أحد أمرين أحلاهما مُرّ تعيش حياتها كلها عانسة أو ترتمي بين أحضان الرجال يتركها هذا فيتلقفها ذاك ،فإذا ما ولى شبابها عاشت بقية حياتها في ركن مظلم محرومة من أسباب الحياة .؟؟

وإذا كان التعدد مشروعاً في كتاب الله فما يقترحه البعض من وجوب منعه بقانون خروج على شرع الله ومعارضة صريحة لكتابه مع ما في تنفيذه من الرجوع إلى حياة الأخدان وما يعقبها من تشريد للأطفال وحياة الملاجىء وليس هذا علاجاً كما قيل « أحب شيء إلى الإنسان ما منعا »

ولم يكتف بعض هؤلاء بمجرد المنع بقانون بل يقترح فرض عقوبة رادعة لكل من الرجل الذي يقدم عليه والزوجة التي تقبل أن تدخل عليها امرأة أخرى في عصمة زوجها ،وهذا كما ترى تهور وحجر على الحريات لا مبرر له .

واما ما يقترحه الاخرون بتقييد التعدد وجعله باذن خاص من القاضي فهذا أمر عجب، فأن من الأسباب الداعية إلى التعدد ما لا يليق أن يطلع عليه القاضي ولا غير القاضي، ولو فعلنا ذلك لخرجنا بهذا العقد الذي جعله الله مودة بين الزوجين وسكنا لكل منهما إلى الآخر إلى جعله صفقة من الصفقات وعقداً من عقود العمل أو المعاوضات .

يقول الله تعالى : «ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة . إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون[1] »

إن جعل التعدد مقيداً بإذن خاص من القاضي لا يحل المشكلة . فإن القاضي سينظر للمسألة من ناحية الباعث على الزواج الثاني وقدرة الزوج على حياة التعدد ، ولن يعدم هؤلاء الراغبون حيلة في اختلاق سبب وجيه يقنع القاضي، كما لا يعجزون في إثبات قدرتهم بواسطة شهود زور أو أي طريق آخر فيأذن بناء على ما ظهر له .

وقد يكون أجدى في العلاج أننا نقوم بنشر الوعي الديني والخلقي أولا لنبين للناس أن الاقدام على هذا الأمر بدون ضرورة يلحق بالمجتمع الأضرار ثم بعد ذلك نجعل للزوجة التي وقع عليها الضرر حق طلب الطلاق .

ومما يلفت النظر أننا في الوقت الذي ننادي فيه بمنع التعدد أو تقييده ينادى الكتاب والمصلحون الغربيون بالبحث عن علاج لتشرد البنات وانتشار الفسق والفجور وكثرة اللقطاء ويربطون بين المنع من تعدد الزوجات وبين كل ذلك ويعترفون بأنه لو كان تعدد الزوجات مباحاً لما نزل بنا هذا البلاء .

بل إن بعض الدول الغربية بدأت تفكر فعلاً في إدخال نظام تعدد الزوجات ضمن

---

(١) الروم - ٢١

تشريعاتها لما عجزت كل الوسائل التي لجئوا إليها في ظل تحريم التعدد عن علاج هذه المفاسد كما تطالعنا به الصحف والمجلات من حين لآخر .

هذا من ناحية تعدد الزوجات من الحرائر . ولكن الطاعنين لم يقفوا عند هذا الحد بل طعنوه من ناحية التمتع بملك اليمين الذي أباحه الإسلام مرتبطاً بنظام الرق دون تقيد بعدد، وفي هذا اطلاق للغرائز الحيوانية وإهدار لحقوق هذا الصنف من النساء .

ولدفع هذه الشبهة نبين هنا في ايجاز نظام الرق في الإسلام لارتباط هذه المسألة به لأنها من ثمراته .

نظام الرق في الإسلام

كان هذا النظام سائداً في جميع الأمم حين جاء الإسلام ، فلم يكن من المعقول أن يلغي هذا النظام السائد مرة واحدة ، لأنه لو فعل ذلك لعرض أوامره للمخالفة والامتهان ، ولأن نظام الرق كان دعامة الحياة الاقتصادية فالغاؤه بأمر واحد يعرض تلك الحياة لهزة عنيفة تقوض أركانها ، ولكنه أبقى عليه ونظمه بصورة تؤدي إلى إلغائه تدريجياً دون أن يؤدي ذلك إلى أثر سيء في نظام المجتمع الإنساني ودون أن يشعر أحد بتغيير مفاجيء في الحياة السائدة

فعمد إلى أسبابه فحصرها في سبب واحد وهو الأسر في الحرب المشروعة بعد أن كانت له أسباب كثيرة . منها النهب والخطف بطريق القوة، وبيع الحرائر للانتفاع بأثمانهن ، والاستيلاء بالحروب غير المشروعة ، ورق الاستدانة أو الوفاء بالديون وما شاكل ذلك ، ومع هذا التضييق في أسبابه فتح أبواب التحرير تارة بالترغيب في الثواب « فلا اقتحم العقبة وما أدراك ما العقبة فك رقبة [1] .

(١) البلد – ١١ ، ١٢

وتارة يجعله وسيلة إلى تكفير الخطايا والذنوب كما في كفارة اليمين وكفارة الظهار والقتل خطأ . وكفارة الفطر في رمضان عمداً يقول سبحانه :

« فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة [1] » ويقول « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا [2] » « ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا [3] »

ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لمن أتى امرأته في نهار رمضان عمداً « أعتق رقبة » .

وتارة يجعل ولادة الأمة من سيدها سبباً في عتقها « أعتقها ولدها » .

وجعل من أسبابه تملك ذي الرحم المحرم « من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه [4] » بل أكثر من ذلك فقد جعله حقاً على الدولة ومصرفاً من مصارف الصدقات « وفي الرقاب » .

ولقد عنى القرآن بأمر التحرير والترغيب فيه بينما لا نراه في آية واحدة يأمر بالاسترقاق أو يرغب فيه .

وفوق ذلك أمر الإسلام بالإحسان إلى الرقيق وحسن معاملته « أخوانكم خولكم فأطعموهم مما تطعمون وألبسوهم مما تلبسون » .

وأن رسول الله كان يحافظ على شعور العبيد محافظته على شعور الأحرار لأنهم من أصل واحد تجمعهم الإنسانية ، ولذلك أنكر على من عير واحداً

---

(١) المائدة - ٨٩ (٢) المجادلة - ٣ (٣) النساء - ٩٢ (٤) أنواع التحرير : العتق المطلق . والتدبير . والكتابة . والكفارة . وملك ذي الرحم المحرم . والاستيلاد .

منهم بقوله له : يا ابن السوداء ، أنكر ذلك أشد الإنكار ونسب المعير إلى الجاهلية « إنك امرؤ فيك جاهلية » .

هذا هو موقف الإسلام من أصل الرق، فتراه قد قضى عليه ولكن تدريجياً بصورة منظمة وإقراره له إنما كان من الضرورات فالأفضل عنده الحرية للناس جميعا .

فما نسمع عنه من نظام الجواري الموجود في بعض البلاد الآن فليس من الإسلام في شيء ، لأنه جاء عن طريق شراء الحرائر فلا يحسب عليه .

وإذا كان الإسلام أباح لمالك الإماء التمتع بهن كما يتمتع الزوج بزوجته بدون عقد زواج أو اقتصار على عدد معين حيث أطلق في ذلك .

« والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين [1] » « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت ايمانكم ذلك أدنى ألا تعدلوا » [2] .

« ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات » [3] إذا كان الإسلام أباح ذلك فليس لأنه أراد انطلاق الغرائز الحيوانية من عقالها وتحريراً لها من القيود التي قيدتها بها الحضارة كما يزعم أعداء الإسلام . بل لأنه أراد أن يجعل ذلك سبباً من أسباب الحرية والقضاء على الرق .

وذلك لأن الإسلام خالف جميع الشرائع التي كانت قبله في القصد إلى النتائج المترتبة على تسري الرجل بجواريه . فبينما كان من المتفق عليه في جميع الأمم التي أخذت بنظام الرق أن الأمة بعد تسري سيدها بها تبقى على

---

(١) المؤمنون ـ ٥ ، ٦ (٢) ، (٣) النساء ـ ٣ ، ٢٥

رقيتها ، وأن أولادها منه يتبعونها في ذلك مهما تطاول الزمن . إذ عمد الإسلام إلى جعل ذلك سبباً من أسباب إنهاء الرق والقضاء عليه ، فحكم بأن الأمــــة المستولدة من سيدها تصير بعد وفاته حرة ومنعه من تمليكها لغيره في حياته ، وأن أولادها منه يكونون أحراراً بمجرد ولادتهم ، وإذا زوجهـــا لغيره كان أولادها من ذلك الغير أحراراً بعد وفاته تبعاً لحرية أمهم .

ومن هنا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في شأن مارية القبطية لما ولدت له ابراهيم « أعتقها ولدها » .

وقال « أم الولد لا تباع ولا توهب وهي حرة من جميع المـــال » يريد بذلك أنها تعتق بمجرد موت سيدها مهما كانت قيمتها فلا تباع في دين ولا يقتصر عتقها على ثلث التركة كشأن الوصايا التي لا تنفذ إلا من الثلث فقط وأنهـا مؤخرة التنفيذ على سداد الديون .

لذا أنكر عمر بن الخطاب على من كانوا يحاولون بيع أمهات الأولاد بقوله « أبعد أن اختلطت لحومـكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن تريدون بيعهن » ؟ !

ذلك هو الغرض النبيل الذي قصده الشارع من إباحة التسري دون أن يقيده بعقد أو بعدد أو يوقفه على رضا الجارية ، لأنه وسيلة إلى حريتها وحرية نسلها إلى يوم القيامة .

إن النظر القاصر ينظر إلى المسألة من زاوية ضيقة . ينظر إليها من ناحية الشكل. شكل العلاقة بين الرجل وجاريته فيرى أنه ينبغي أن يحترم إنسانيتها فيؤخذ رأيها بالعقد عليها أو يحدد شركاؤها في المتعة بعدد معين كالحرائر .

لكن الشارع ينظر إليها من ناحية أسمى من هذه الناحية . ينظر إليهـا كوسيلة لتحريرها وتحرير نسلها وإعادة إنسانيتها التي فقدتهـا او كادت تفقدها بالرقية .

ومن ذا الذي يقول إن وسيلة إعادة الحرية وخلقها من جديد يجب أن تقيد بالشكليات ؟ إن تقييدها يؤدي لا محـــالة إلى تقييد مسالك الحرية وتضييقها وحصرها في أضيق نطاق .

من هذا نرى أن الطعن في تشريع الإسلام نشأ عن عدم الفهم لأحكامـــه والتعمق في معرفة أسرارها وحكمها . ولولا خشية الإطالة لعرضنا الكثير من هذه الطعون . فنكتفي بهـــذه الأمثلة وننتقل إلى الكلام على طريقته في التشريع .

طريقة التشريع في هذا الدور

جاء التشريع الإسلامي ليعالج ما كان عليه الناس من مفاسد اعتقاديـــة وخلقية وعملية ، وليضع لهم دستوراً محكماً يسيرون عليه في كل شيء ، فبدأ بإصلاح العقيدة وتهذيب الأخلاق، ولما تم له ذلك .وتخلصت النفوس من رواسب الوثنية ،وتحلت بجميل الصفات الإنسانية اتجه إلى إصلاح الحياة العملية وتنظيمها، وكان في ذلك واقعياً يسير مع الحوادث متجنباً سبيل الفرض والتقدير ، فرض الحوادث بعد تخيلها وتقدير أحكام لها .

فكلما وقعت حادثة تتطلب حكماً لجأ الصحابة إلى رسول الله — باعتباره المرجع الوحيد لهم — يسألونه البيان ، فإذا لم يكن عنده حكمها تطلع إلى السماء فيأتيه الوحي تارة بآية أو آيات من القرآن فيها جواب سؤالهم [1] ، أو بـــه

---

(١) من ذلك ما رواه أصحاب السنن عن جابر بن عبد الله قال : جـــاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله بابنتيها من سعد ، فقالت : يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيداً ، وأن عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالاً ، ولا ينكحان إلا بمال ،

وبأحكام أخرى ، وطوراً ينزل بغير قرآن يبين الجواب ويترك له التعبير عنه وهو ما عرف بالسنة ، وآنا يتأخر الوحي فلا ينزل بهذا ولا بذاك ، وهنا يدرك الرسول أن الله وكل إليه بيان الحكم باجتهاده ، فيجتهد على ضوء ما نزل عليه من أحكام وما ألهمه الله من سر التشريع . مرة وحده ، وأخرى مع مشاورة أصحابه ، فاذا أصاب الاجتهاد وجه الحق أقره الله عليه ، وإن جانبه الصواب نبهه إلى ما وقع فيه من خطأ ، وقد ينزل عليه الوحي معاتباً إياه على تسرعه في الاجتهاد. كما حدث بعد اجتهاده في أساري بدر ،وإذنه للمتخلفين في غزوة تبوك .

ومن هنا كان من خصائصه أنه جاء متدرجاً مع الزمن والأحوال ، فلم ينزل دفعة واحدة كغيره من التشريعات السماوية السابقة ، ولم يصدر في وقت واحد كما هو متبع في التشريعات الوضعية .

ولا أدل على ذلك مما ورد في أسباب نزول آيات الأحكام ؛ ومجيء طائفة من الآيات جواباً لسؤال . أو رداً على استفتاء .

من ذلك قوله تعالى : « يسألونك ماذا ينفقون قل ما أنفقتم من خير فللوالدين والأقربين واليتامى والمساكين وابن السبيل وما تنفقوا من خير فان الله به عليم »[1] .

=فقال : « يقضي الله في ذلك »فنزلت آية الميراث،فأرسل رسول الله إلى عمهما فقال :اعط ابنتي سعد الثلثين وأمهما الثمن وما بقي فهو لك » .

ومعنى لا ينكحان إلا بمال : أن الازواج لا يرغبون في نكاحهما إلا إذا كان عندهما مال على عادة أهل الجاهلية ، والمراد بآية الميراث قوله تعالى « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » .. الآيات . راجع نيل الاوطار ج ٦ ص ٤٨ .

(١) سورة البقرة آية ٢١٥ .

« يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه قل قتالٌ فيه كبيرٌ وصد عن سبيل الله وكفر به والمسجد الحرام وإخراج أهله منه أكبر عند الله والفتنة أكبر من القتل [1] » .

« يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما ، ويسألونك ماذا ينفقون قل العفو . كذلك يبين الله لكم الآيات لعلكم تتفكرون . في الدنيا والآخرة . ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فاخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ولو شاء الله لأعنتكم إن الله عزيز حكيم ... وبعد آية يقول « ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن [2] » .

« يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات [3] » .

« يسألونك عن الأنفال قل الأنفال لله والرسول [4] » .

« يستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن [5] » .

« يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة [6] » .

ومثل القرآن في ذلك السنة ، فقد جاء كثير من الأحاديث جواباً لسؤال أو قضاء في خصومة . سأل بعض الصحابة رسول الله فقالوا يا رسول الله : إنا نركب البحر الملح وليس معنا من الماء العذب ما يكفي الوضوء . أفنتوضأ بماء

(١، ٢) ، سورة البقرة آيات ٢١٧، ٢١٩، ٢٢٢ وما بعدها ، (٣) المائدة - ٣

(٤) الانفال ١ - (٥، ٦) سورةالنساء آيتي ١٢٧، ١٧٦ .

البحر فقال الرسول : « هو الطهور ماؤه الحل ميتة [1] » .

وروى أحمد ومسلم وأبو داود والترمذي عن جرير بن عبد الله قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نظر الفجأة فقال : « اصرف بصرك [2] . »

وروى أحمد ومسلم عن أبي هريرة قال : جاء رجل فقال : يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي ؟ قال فلا تعطه مالك . قال : أرأيت إن قاتلني ؟ قال : قاتله ، قال : أرأيت إن قتلني ؟ قال فأنت شهيد ، قال: أرأيت إن قتلته ، قال هو في النار [3] » .

وروى البخاري ومسلم وغيرهما عن عائشة أن هنداً قالت : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم ، فقال : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف [4] » .

والحكمة في ذلك التدرج أن هـذا النوع من التشريع يكون أقرب إلى القبول والامتثال خصوصاً مع أولئك العرب الذين كانوا في إباحية مطلقة تجعلهم ينفرون من التكليف بالجملة ، ولأنه ييسر لهم معرفة الأحكام وفهمها بوقوفهم على أسباب التشريع والظروف التي أحاطت به .

ثم إن هذا التدرج لم يقتصر على التشريع الكلي ، بل كثيراً ما سلك بهم هذا الطريق في تشريع الحكم الواحد . يتدرج بهم من حالة إلى أخرى حتى

---

(١) منتقى الاخبار بشرح نيل الاوطار ج ١ ص ١٣ .

(٢) المرجع السابق ج ٦ ص ٩٥ .

(٣) المرجع السابق ج ٥ ص ٢٧٦ .

(٤) المرجع السابق ج ٦ ص ٢٧٤ .

يصل إلى غايته ، كما حدث في تشريع الصلاة .

فقد شرعت أول الأمر صلاة بالغداة ، وأخرى بالعشي ، فلما ألفوها شرعت خمس صلوات في اليوم والليلة ركعتين ركعتين ما عدا المغرب ، ثم أقرت في السفر وزيدت في الحضر إلى أربع في الظهر والعصر والعشاء .

وفي الزكاة كان المفروض فيها أولا ما يستطيعه كل واحد من غير تحديد

« ويسألونك ماذا ينفقون قل العفو [1] » ، ثم حدد مقدارها وهو يختلف باختلاف الأموال فقد يكون العشر أو نصفه أو ربعه ، وقد يكون غير ذلك .

وفي تحريم الخمر سألوا أولاً عن حكمها ، فنزل (يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما) . وليس في هذا تحريم ، وإنما هو بيان ما فيها من منافع ومضار ، حدث بعد ذلك أن شرب جماعة من الصحابة الخمر ، وقاموا للصلاة وهم سكارى ، فخلطوا في القراءة ، وتنازعوا وكادوا يقتتلون فنزل قوله تعالى (يأيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون [2]) .

وهذا يفيد تحريمها في حالة خاصة وهي حالة الصلاة ، ولما سأل عمر بن الخطاب البيان الشافي وقال : اللهم بين لنا في الخمر بياناً شافياً نزل الحكم الأخير في قوله تعالى : يأيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون ، إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم

(١) العفو هو ما يسهل على الناس إنفاقه .   ٢ ـ سورة النساء : ٤٣ .

منتهون [١]) الميسر : القمار ، والأنصاب ، جمع نصب وهي الحجارة تنصب للعبادة ، أو للذبح عليها تقرباً ، والأزلام جمع زلم وهي القداح التي كانوا يضربونها إذا أرادوا أمراً من الأمور .

وكان تحريم الخمر بعد أُحد سنة أربع في غزوة بني النضير على الراجح،وقيل في عام الحديبية سنة ست .

وفي تحريم الربا تدرج معهم في خطوات ، فبين لهم أولاً الفرق بين الربا والزكاة وأن الأول لاغناء له عند الله ولا ثمرة له ، وأما الزكاة فهي مقبولة يضاعف الله الثواب لمعطيها . جاء ذلك في قوله تعالى في سورة الروم [٢] .

«وما آتيتم من ربا ليربوا في أموال الناس فلا يربوا عند الله وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون [٣] .

ثم جاءت الخطوة الثانية تبين أن هذا الربا ظلم وبسببه حرم الله على اليهود كثيراً من الطيبات التي أحلت لهم ، فهي إنذار بخطر الربا عليهم .

وفي هذا يقول سبحانه في سورة النساء [٤] .

(فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم وبصدهم عن سبيل الله كثيراً وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وأكلهم أموال الناس بالباطل

---

(١) المائدة - ٩٠، ٩١ روى أبو داود في مسنده عن ابن عمر قال : نزلت في الخمر ثلاث= =آيات.فأول شيء نزلت : « يسألونك عن الخمر والميسر الآية ، فقيل حرمت الخمر بعينها ، فقالوا يا رسول الله : نتتفع بها كما قال الله عز وجل ، فسكت عنهم ، ثم أنزلت آية « لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى ، فقيل حرمت الخمر بعينها فقالوا يا رسول الله إنا لا نشربها قرب الصلاة، فسكت عنهم ، ثم نزلت « يأيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان » .. الاية . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : حرمت الخمر نيل الأوطار . جـ ٨ صـ ١٤١ .

(٢) آية - ٣٩ .

(٣) يقول المفسرون : إن هذه الاية في هبة الثواب التي يعطيها الرجل لغيره ليعطيه أفضل منها . وهذا ربا لا ثواب فيه . وقد قالوا إنه حلال . وأما ربا البيع فهو حرام .

(٤) الايتان ١٦٠، ١٦١ .

واعتدنا للكافرين منهم عذاباً أليماً) .

ولما بين لهم أنه لا غناء فيه ولا يقبله الله ، وأن تعاطى اليهود له سبب لهم حرماناً من كثير من الطيبات ، وهذان الأمران كافيان للتحريم والمنع جاءت الخطوة الثالثة وهي النهي عن تعاطيه ولكن لأقبح صورة كانت شائعة عندهم فقال جل شأنه في سورة آل عمران [1] (يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة واتقوا الله لعلكم تفلحون » .

ولما استقر في نفوسهم أن الربا لا فائدة فيه وأن الله لا يريده لهم جاء التحريم العام مصحوباً بالتهديد الشديد وإعلان الحرب على المرابين فيقول سبحانه في سورة البقرة [2] :

(الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس . ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع وحرم الربا . فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله . ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون يمحق الله الربا ويُربي الصدقات والله لا يحب كل كفار أثيم إن الذين آمنوا وعملوا الصالحات وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة لهم أجرهم عند ربهم ولا خوف عليهم ولا هم يحزنون . يأيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين . فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رءوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون » .

وهكذا في كثير من التشريعات ، ولا شك في أن هذا الأسلوب من التشريع هو العلاج الوحيد لجموح نفوس هؤلاء ، والوسيلة التي بها يتقبلون هذه التكاليف وتحيل بينهم وبين النفرة منها .

---

(١) آية – ١٣٠ .
(٢) الايات ٢٧٥ – ٢٧٩ .

وفي هذا تقول أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها : (لو نزل أول ما نزل لا تشربوا الخمر لقالوا لا ندع شربها أبداً ، ولو قال لهم لا تزنوا لقالوا لا ندع الزنى أبداً) .

أسلوب النصوص القرآنية في تشريع الأحكام

ومما ينبغي ملاحظته هنا أن جمال التشريع الإسلامي لم يقف عند طريقته الفريدة في نوعها ، بل تعدى ذلك إلى أسلوبه أيضاً ، فالقرآن الكريم لم يسلك في تشريع الأحكام أسلوباً واحداً شأن القوانين الموضوعة ، بل نوع وغاير وعدد الأساليب .

ففي طلب الشيء وإيجابه يجيء مرة بصيغة الأمر (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم) [1] (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة [2]) .

وأخرى بعبارة كتب التي تدل على التحتم (يأيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم [3] » « كتب عليكم القصاص في القتلى[4] » كتب عليكم القتال وهو كره لكم [5] » وثالثه ببيان ما يترتب على الفعل من الخير وحسن الجزاء .

« إن الذين آمنوا وعملوا الصالحات وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة لهم أجرهم عند ربهم ولا خوف عليهم ولا هم يحزنون [6] » .

---

(١) التوبة – ١٠٣ .
(٢) النساء – ٤ .
(٣) ، (٤) ، (٥) ، (٦) البقرة آيات – ١٨٣ ، ١٧٨، ٢١٦، ٢١٧ .

« الذين يوفون بعهد الله ولا ينقضون الميثاق والذين يصلون ما أمر الله به أن يوصل ويخشون ربهم ويخافون سوء الحساب . والذين صبروا ابتغاء وجه ربهم وأقاموا الصلاة وأنفقوا مما رزقناهم سراً وعلانيـــة ويدرءون بالحسنة السيئة أولئك لهم عقبى الدار . جنات عدن يدخلونها ومن صلح من آبائهم وأزواجهم وذرياتهم والملائكة يدخلون عليهم من كل باب سلام عليكم بمـــا صبرتم فنعم عقبى الدار [1] » .

وفي طلب الترك وتحريم الفعل يجيء مرة بصيغة النهي . نحو قولـــه تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم مـن النساء إلا ما قد سلف [2] » « يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل [3] » وأخرى بلفظ التحريم « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم . الآية [4] » .

« حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله بـــه والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم وما ذبح على النصب وأن تستقسموا بالأزلام [5] »

---

(١) الرعد ٢٠ - ٢٤ (٢) النساء ٢٢ .

(٣،٤) النساء - ٢٩، ٢٣ .

(٥) المائدة - ٣ ... ما أهل لغير الله به . ما ذكر على ذبحه غير اسمه تعـــالى من صنم أو وثن أو نحو ذلك « المنخنقة » البهيمة التي تموت بالخنق سواء أ كان بفعلها كأن تدخل رأسها في موضع لا تستطيع التخلص منه فتموت أم بفعل غيرها .

(الموقوذة) البهيمة التي تضرب بمثقل غير محـــدد كخشب أو حجر حتى تموت ، وكانوا يضربونها بالعصي حتى إذا ماتت أكلوها .

(المتردية) . البهيمة التي تسقط من علو فتموت من التردي بمعنى الهلاك .

وثالثه يعبر عنه بالتوعد الشديد على فعله « إن الـــذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم [١] » « والـــذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه ويقطعون ما أمر الله به أن يوصل ويفسدون في الأرض أولئك لهم اللعنة ولهم سوء الدار » [٢] .

« ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيماً [٣] » .

وفي إباحة الشيء دون قصد طلب فعله أو تركه يعـــبر عنها مرة بالاحلال وأخرى برفع الجناح أو الحرج « وأحل لكم مـــا وراء ذلكم [٤] » « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم [٥] » .

« والقواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحاً فليس عليهن جناح أن يضعن

(النطيحة) . التي تنطحها أخرى فتموت من النطاح .

(ما أكل السبع) . أي ما بقى من الحيوان بعد أكل السبع منه .

(إلا ماذكيتم) . استثناء من التحريم ، أي ما أدركتم ذكاته من المختنقة وما عطف عليها وفيه بقية حياة يضطرب اضطراب المذبوح وذكيتموه فانه يحل من التزكية وهي الاتمام . يقال ذكيت النار إذا أتممت اشتعالها ، والمراد هنا . اتمام فدى الاوداج وانهار الدم (وما ذبـــح على النصب) جمع نصاب ككتب وكتاب أو نصب كسقف وسقف ، واحد الانصاب .

والنصب أحجار نصبوها حول الكعبة كانوا يذبحون عليها ويعظمونها ويلطخونها بالدماء وهي غير الأصنام لأن الأصنام هي الصورة المنقوشة .

(١) النور - ٢١ (٢) الرعد - ٢٥ .

(٣)،(٤)،النساء ٩٣،٢٣ (٥)المائدة ٥ .

ثيابهن غير متبرجات بزينة وأن يستعففن خير لهن والله سميع عليم . ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم أو بيوت إخوانكم أو بيوت أخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت أخوالكم أو بيوت خالاتكم أو ما ملكتم مفاتحه أو صديقكم وليس عليكم جناح أن تأكلوا جميعاً أو أشتاتاً فإذا دخلتم بيوتاً فسلموا على أنفسكم تحية من عند الله مباركة طيبة كذلك يبين الله لكم الآيات لعلكم تعقلون [1] » « ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة [2] » .

« فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به [3] » .

وفوق تنوع الأساليب في التعبير عن المعنى الواحد فإنه لم يجمع هذه النصوص في مكان واحد ، ولا في سورة واحدة شأن التشريعات الأخرى ، بل جاءت الأحكام مفرقة في سور القرآن مبثوثة في ثنايا آيات العقائد والأخلاق وآيات الله في الكون وأخبار الأمم السابقة .

كما أننا نجد الحكم الواحد ورد فيه عدة نصوص في مواضع عديدة بأساليب متنوعة . ليكون القارىء متذكراً له في كل حين .

وهذا كله يدلنا على أن القرآن الجامع لهذه الأنواع من البيان نزل بهذه الصورة لا ليكون كتاب تشريع فقط ، بل ليكون كتاب هداية للناس ليخرجهم من الظلمات إلى النور ، وليكون معجزة لرسول الله تؤيد صدقه في دعواه الرسالة لارتفاع أسلوبه عن مستوى الذين أنزل بلغتهم وهم أهل الفصاحة وأرباب البيان .

---

(١) النور ـ ٦٠، ٦١ (٢) النساء ـ ٢٤ (٣) البقرة ـ ٢٢٩.

أسس التشريع الإسلامي

ومع واقعية هذا التشريع ، وتدرجه مع الزمن فقد أقيم على أسس قويمة تجعل منه تشريعاً صالحاً لكل وقت ملائماً لجميع البيئات ، وهي :

أولاً التيسير وعدم الحرج

المتتبع للتشريعات الإسلامية يجدها ناطقة بهذا المبدأ،فاليسر ظاهر،والحرج منفى ، فلا مشقة تعجز المكلفين عن أداء ما طلب منهم ، ولا حرج يلحقهم مما كلفوا به .

فالقرآن يقرر ذلك في صراحة :

يقول الله تعالى في آخر سورة البقرة : « لا يكلف الله نفساً إلا وسعها » ، وفي آخر سورة الحج :« وما جعل عليكم في الدين من حرج » ، ويقول سبحانه بعد بيان الطهارة من الوضوء والغسل والتيمم : (ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم لعلكم تشكرون [1] » ، ويقول بعد تشريع الصيام « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر [2] ، ويقول في وصف الرسول : « ويضع عنهم إصرهم والأغلال التي كانت عليهم [3] ،

---

(١) المائدة - ٦ :

(٢) - البقرة - ١٥٨ . (٣) الاعراف - ١٥٧ .

ويقول : « يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفاً [1] » .

والرسول صلى الله عليه وسلم يؤكد ذلك في أحاديث كثيرة فيقول : « يسروا ولا تعسروا » ، ويصف ما جاء به من تشريع بقوله : « بعثت بالملة السمحة الحنيفية البيضاء [2] » وقد ثبت من سيرته أنه ما خير بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً » . وأنه نهى عن السؤال عما لم ينزل به الوحي حينما سأله الأقرع بن حابس عن الحج أفي كل عام يا رسول الله ؟ فقال : لو قلت نعم لوجبت ، ذروني ما تركتكم ، فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة مسائلهم واختلافهم على أنبيائهم ، وفي بعض الروايات « فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه ، وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » .

ويقول : « أعظم المسلمين في المسلمين جرماً من سأل عن شيء لم يحرم على المسلمين فحرم عليهم من أجل مسألته » وأخيراً يقول : إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها ، وحد حدوداً فلا تعتدوها ؛ وحرم أشياء فلا تنتهكوها ، وسكت عن أشياء رحمة بكم غير نسيان فلا تسألوا عنها [3] » .

(١) النساء ٢٨ .

(٢) يريد بالسمحة التي ليس بها مشاق الطاعات كما ابتدعه الرهبان ، بل فيها لكل عذر رخصة ويتأتى العمل بها للقوي والضعيف ، وبالحنيفية أنها كملة ابراهيم عليه السلام فيها إقامة شعائر الله وكبت شعائر الشرك وإبطال التحريف والرسوم . وبالبيضاء أن عللها وحكمها والمقاصد التي بنيت عليها واضحة لا يريب فيها من تأملها . وكان سليم العقل غير مكابر . راجع حجة الله البالغة ج ١ ص ١٢٨ .

٣ — وفي رواية « رعفا عن أشياء - رحمة لكم لا عن نسيان - فلا تبحثوا عنها » رواه أبو ثعلبه الخشني .روى هذا الحديث الدار قطني والحاكم وصححه ابن كثير أيضاً ورواه ابن جرير في التفسير ج ٧ ص ٥٥ . الاحكام لابن حزم ج ٨ ص ١٤ .

فهذه بعض النصوص المثبتة لهذا المبدأ في كتاب الله وسنة رسوله ، وغيرها كثير

والمتتبع لأحكام الشريعة يجد مظاهر هذا الأصل في شتى نواحيها ، فقلة التكاليف إلى مراعاة أعذار المعذورين إلى رفع التكليف أو عدم المؤاخذة في حالة الضرورة ، كل أولئك يدل في وضوح على اليسر وعدم الحرج .

فالعبادات المشروعة في حقنا بسيطة في كمها وكيفها إذا قيست بالشرائع السابقة ، فخمس صلوات في اليوم والليلة ، وصوم شهر واحد من اثني عشر شهراً ، وحج بيت الله الحرام مرة واحدة في العمر لمن استطاع إليه سبيلاً مع إسقاطها عن المعذورين ، أو تأجيلها لوقت آخر حتى يزول عذرهم تكاليف ليس فيها حرج ولا عنت .

والمحرمات التي حرمت علينا ومنعنا من تناولها قليلة إذا قيست بما أباحه لنا بالأمر الصريح أو تركه على الإباحة من غير تحريم ولا تحليل .

يدل لذلك أننا وجدنا القرآن في مقام التحريم يعدد الأصناف المحرمة ، وفي مقام الحل يطلق الإذن في عبارة عامة لكثرة ما ينطوي تحت هذا النوع من الأصناف . ففي مقام تحريم بعض النساء يقول تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم » . ثم قال بعد أن عدد الأصناف « وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين [1]»

وفي شأن تحريم المطعومات يقول : « حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل

---

(١) النساء - ٢٣ ، ٢٤ .

السبع إلا ما ذكيتم وما ذبح على النصب ... الآية [١] .

وفي آية أخرى يقول : « قل لا أجد فيما أوحي إلي محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن ربك غفور رحيم [٢] » .

وفي آية أخرى يصرح بأنه فصّل ما حرمه علينا « وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه [٣] » .

أما في جانب الحل فيقول : (يسألونك ماذا أحل لهم قل أحـــل لكم الطيبات [٤] وفي آية بعدها يقول : « أحل لكم الطيبات وطعـــام الذين أوتوا الكتاب حل لكم » وفي غيرها يقول : « خلق لكم ما في الأرض جميعاً » ، ثم ينكر على المحرمين من غير دليل : « قل من حرم زينة الله التي أخرج لعبـاده والطيبات من الرزق [٥] .

ومع أن ما حرمه قليل بالنسبة لما أباحه فقد رفع الجناح عن المضطر لتناول

---

(١) المائدة - ٣ .

(٢) الأنعام - ١٤٥ - باغ طالب للمحرم وهو يجد غيره ، أو مستأثر به على مضطر آخر . عاد : متجاوز سد الجوعة أي متعمد في التناول .

قد يقال : إن آية المائدة عدت المحرمات عشرة وآية الانعام التي جاءت بصيغة الحصر عدتها أربعة فقط : والجواب أنه لا تنافي بين الايتين لان آية الانعام أجملتها وآية المائدة فصلتها . لأن المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة أنواع من الميتة وما ذبح على النصب في حكم ما أهل لغير الله به .

(٣) الأنعام - ١١٩ (٤) المائدة - ٤ .

(٥) الأعراف - ٢٢ .

شيء من المحرمات ، « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه » « إلا ما اضطررتم إليه »، فأي يسر بعد هذا التيسير ؟!

وفي تشريع المعاملات لم يفصل الأحكام كلها ، بل أتى بقواعد عامة صالحة للتطبيق في كل حين « يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود [1] » ، وأحل الله البيع وحرم الربا [2] » ، « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم [3] » .

ثانياً : تحقيق مصالح الناس على اختلاف الازمان والبيئات : ذلك لأنه تشريع عام للناس كلهم « وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيراً [4] » « قل يأيها الناس إني رسول الله إليكم جميعاً [5] » ، فلو لم يكن محققاً لمصالح الجميع لكان نقمة عليهم مع أنه جعله رحمة لهم « وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين [6] » .

ومن مظاهر هذا الأصل في عصر الرسالة وجود نسخ فيها [7] . فقد يشرع الشارع حكماً لملاءمته للناس وقت تشريعه أو لمقصد خاص ثم تزول ملاءمته أو ينتهي الغرض المقصود منه . وأمثلة النسخ كثيرة في القرآن والسنة .

---

(١) المائدة - ١   (٢) البقرة - ٢١٥   (٣) النساء - ٢٩ .

(٤) سبأ - ٢٨   (٥) الأعراف - ١٥٨   (٦) الأنبياء - ١٠٧ .

(٧) النسخ هو رفع الحكم الشرعي بدليل شرعي متأخر عن دليل الحكم السابق ، وهو متفق على جوازه ووقوعه ولم يخالف في ذلك ، فيما نعلم ، إلا أبو مسلم الأصفهاني فإنه أنكر وقوعه في القرآن ، ولا مجال لمناقشة هذا الموضوع هنا فليرجع إليه من شاء في كتب الأصول والتفسير عند قوله تعالى (ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها ألم تعلم أن الله على كل شيء قدير) .

منها : أن الله أوجب الوصية للوالدين والأقربين بقوله تعالى : « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف. حقاً على المتقين [١] » ليعرفهم أن لهؤلاء حقاً في أموالهم ، فلما امتثلوا ورضيت به نفوسهم نسخة الله بإيجاب ألنصباء مقدرة بآيات المواريث،وهنا يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن الله قد أعطى كل ذي حق حقــــه ألا لا وصية لوارث » على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء .

ومنها . أن عدة المتوفى عنها زوجها كانت أول الأمر عاماً كاملاً وكان يجب على زوجها أن يوصي لها بالنفقة والسكنى في هذه المدة كما جاء في قوله تعالى « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً وصية لأزواجهم متاعاً إلى الحول غير إخراج [٢] ثم نقصت هذه العدة إلى أربعة أشهر وعشرة أيام بقولـه تعالى : (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً [٣] ونسخت الوصية لها بآية المواريث حيث جعل الله لها فريضة مقدرة . هي ربع تركة زوجها إن لم يكن له ولد . أو ثمنها إن كان له ولد .

وقد كان جزاء الزناة في أول الأمر الإيــــذاء والحبس في البيوت حتى تظهر منهم التوبة والإصلاح . جاء ذلك في قوله تعالى : (واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم . فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلاً . واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما إن الله كان تواباً رحيماً [٤] » .

---

(١) البقرة ـ ١٨٠ (٢) البقرة ـ ٣٤ .

(٣) البقرة ـ ٢٣٤ .

(٤) سورة النساء ـ ١٦،١٥ .

ثم نسخ ذلك بقوله (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين[1] » .

كذلك أمر الرسول لما هاجر إلى المدينة بالتوجه في الصلاة إلى بيت المقدس قبلة اليهود الموجودين بكثرة فيها ليبين لهم أنه ليس بدعاً من الرسل . وليرغبهم في الإسلام وليظهر ما في علم الله مما عند هؤلاء من مكر وخداع ، واستمر على ذلك عاماً وبعض عام ، ثم نسخ هذا الحكم بأمره بالتوجه إلى الكعبة قبلة أبيه إبراهيم وأول بيت وضع للناس ، وفي هذا نزل قول الله تعالى : (قد نرى تقلب وجهك في السماء فلنولينك قبلة ترضاها فول وجهك شطر المسجد الحرام وحيثما كنتم فولوا وجوهكم شطره[2]) الآيات .

ولقد بعث رسول الله والناس يعبدون الأصنام والأوثان ، واليهود يعظمون قبور أنبيائهم حتى اتخذوها مساجد ، وهذا يؤدي إلى الشرك بالله ، فنهى عن زيارة القبور خشية فساد العقيدة ، وفي هذا يقول : « قاتل الله اليهود اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد[3] » . ولما سكن الإيمان قلوبهم وبعدوا عن الوثنية أذن

---

(١) النور ، ٢ والقول بالنسخ في هذا الموضوع هو ما ذهب إليه جمهور العلماء وخالف أبو مسلم الأصفهاني في ذلك بناء على رأيه أنه لا نسخ في القرآن . ووجهه أن قوله تعالى واللائي يأتين الفاحشة من نسائكم ، أريد به المساحقة بين النساء ، وحدهن الحبس في البيوت حتى الموت ، وقوله (واللذان يأتيانها منكم) في اللواط ، وآية النور في الزانية والزاني راجع تفسير ابن كثير ج ١ ص ٤٦٢ . والبحر المحيط لأبي حيان ج ٣ ص ١٩٤ وتفسير المنار ج ص٤٣٨ وأحكام القرآن لابن العربى ج ١ ص١٤٨ وما بعدها وقد ذهب إلى عدم النسخ ولكنه وجهه توجيهاً آخر .

(٢) البقرة - ١٤٤ .

(٣) منتقى الأخيار بشرح نيل الأوطار ج ٤ ص ٧٨ .

لهم في زيارتها فيما رواه الترمذي عن بريدة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « قد كنت نهيتكم عن زيارة القبور فقد أذن لمحمد في زيارة قبر أمـه فزوروها فإنها تذكر الآخرة [1] » .

ومن تأمل مواضع النسخ وجده قد يكون من الأخف إلى الأشد كما في نسخ حبس الزانية في البيت وإيذاء الزاني بالقول إلى الجلد أو الرجم ، وقد يكون بالعكس كما في عدة المتوفى عنها زوجها .

والحكم المنسوخ على كل حال كان ملائماً للحالة التي كانوا عليها فلما تغيرت شرع لهم الحكم الناسخ الذي يحقق غرض الشارع من شرعه ، ولولا ما كانوا عليه أولاً لشرعه من أول الأمر .

وإذا تتبعت الأحكام التي دخلها النسخ وجدت هذا المعنى واضحاً فيها .

خذ لذلك مثلاً عدة المتوفي عنها زوجها – جعلها الشارع أولاً عاماً كاملا تنتظره المرأة في بيت الزوجية من غير زواج ، وقـــد كانوا يحبسون المرأة ، ويمنعونها من الزواج مدة طويلة فما كانت تخرج من بيت زوجها قبل مرور عام كامل[2] تلبس فيه شر ثيابها وقد يمتد حبسها إلى آخر حياتها،وفي هذا إجحاف

---

(١) المرجع السابق ص ٩٤،وفي رواية أخرى عن أبي هريرة قال : زار النبي صلى الله عليه وسلم قبر أمه فبكى وأبكى من حوله،فقال استأذنت ربي أن استغفر لها فلم يؤذن لي،واستأذنته أن أزور قبرها فأذن لي فزوروا القبور فإنها تذكر الموت (رواه الجماعة) .

(٢) روى البخاري ومسلم عن أم سلمة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للمرأة التي جاءت تستأذن رسول الله في أن تكتحل ابنتها حين اشتكت عينها بعد وفاة زوجها ـ (لا تكتحل) قالها مرتين أو ثلاثاً ثم قال : قد كانت إحـــداكن تمكث في شر أحلاسها أو شر بيتها فإذا كان حول فمر كلب رمت ببعرة فلا حتى تمضي أربعة أشهر وعشراً) .

أي أنها كانت تمضي حولاً كاملاً في بيتها بدون زينة تلبس شر ثيابها فإذا مضى الحول خرجت

بها أيما إجحاف ، فلو جعل عدتها من أول الأمر أربعة أشهر وعشراً مع إباحة خروجها لنفروا منه ، ولما أذعنوا له ، لأنه يتنافى مع ما كانوا عليه كل المنافاة .

من أجل ذلك جعلها عاماً كاملا ، وهو زمن ليس بالقليل ، وفيه إخراج لهم عن بعض ما ألفوه ، فإذا ما قبلته نفوسهم ، واطمأنت إليه قلوبهم جاء الحكم الأخير .

فالنسخ إذاً كان فيه مراعاة لأحوال الناس ومصالحهم في عصر النبوة ، وقد انتهى بوفاة الرسول ، فلا نسخ بعده .

أما مراعاة التشريع لمصالحهم بعد عصر النبوة فيتجلى في أمور :

منها : أن أحكامه شرعت لعلل وحكم صرحت النصوص ببعضها ، وهي تنادي بذلك

ففي القرآن الكريم (لعلكم تتقون) ، (ذلك أزكى لكم) ، (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم) ، (كيلا يكون دولة بين الأغنياء منكم) ، « إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة » .

وفي السنة : « ألا فزوروها فإنها تذكر الموت » ، « إنكم إن فعلتم ذلك

ورمت ببعرة أول كلب يمر عليها لترى من حضرها من الناس أن مقامها حولاً في هذه الحالة أهون عليها من بعرة ترمي بها كلباً بالنسبة إلى فقيدها وما يستحقه من الحداد . راجع زاد المسلم فيما اتفق عليه البخاري ومسلم جـ ٥ صـ ٢٦٣ .

قطعتم أرحامكم » وغير ذلك كثير [1]

وهذا التعليل يفيد ـ بوجه عام ـ أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً فإذا كانت المصلحة التي شرع لها الحكم دائمة لا تتغير فلا يتغير الحكم أبداً لعدم وجود ما يقتضي التغيير . وإذا ثبت أنها تتغير تبعاً لتغير الظروف والأحوال تغير الحكم معها . وإلا لم تكن ثمة فائدة من شرعيته .

ومن هنا منع عمر بن الخطاب سهم المؤلفة قلوبهم بعد أن كان رسول الله يعطيهم – لما زال سبب التأليف .

ومنها اختلاف أسلوبه في التشريع ففي الأشياء التي لا تتغير مصالحها فصلها وبينها أجلى بيان كالعبادات وبعض الأنظمة المتعلقة بالأسرة من زواج وطلاق وميراث كما حدد عقوبات لبعض الجنايات التي لا تتغير مفسدتها على مر الأيام . كالقتل والزني والسرقة وقطع الطريق والقذف .

وفي الأشياء التي تتغير مصالحها أو تختلف باختلاف الأزمان كالمعاملات وما يتعلق بالنظام الاجتماعي أتى تشريعه فيها على هيئة قواعد عامة صالحة للتطبيق ليطبقها أولو الأمر حسبما يقتضيه صالح الناس .

ولذلك جعل للعرف أثراً كبيراً فيها . فإليه يرجع الفصل فيما ليس فيه نص منها . وسيأتي تفصيله إن شاء الله ، ثم إنه بعد ذلك وجدناه يقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، ودفع المفسدة الكبيرة على دفع ما هو أقل منها . وهذا واضح في كثير من الأحكام . وسيأتي شرح لبعض أمثلة هذا النوع .

ثالثاً : تحقيقه للعدل بين الناس كلهم :

فالتشريع الإسلامي ينظر إلى الناس كلهم نظرة المساواة في الخضوع لأحكامه

(١) راجع هذا الموضوع بتوسع في رسالتنا « تعليل الأحكام » .

وفي المؤاخذه على مخالفتها لا فرق بين حاكم ومحكوم ، ولا بين غني وفقير ، ولا بين شريف ووضيع ، ولا بين عربي وغيره ، ولا بين أبيض وأسود ، فلا يعفي شخص من المؤاخذه بما له من جاه أو سلطان .

فآيات العدل عامة لم تخص فريقاً دون آخر ، فالأمر فيها مطلق غير مقيد ، وفي بعضها تحذير من ترك العدل لأي سبب من الأسباب من بغض أو قرابة أو غيرها . قال تعالى : « إن الله يأمر بالعدل والإحسان »[1] .

« وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل »[2] ، « يأيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا أعدلوا هو أقرب للتقوى واتقوا الله إن الله خبير بما تعملون »[3] .

« يأيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء الله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين إن يكن غنياً أو فقيراً فالله أولى بهما فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا وإن تلووا أو تعرضوا فإن الله كان بما تعملون خبيرا »[4] .

وهذا رسول الله يقول لمن جاء يشفع لامرأة من بني مخزوم سرقت : « إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد ، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها » .

وقصة هذه المرأة كما رواها البخاري ومسلم وغيرهما

أن امرأة من بني مخزوم سرقت حلياً أو متاعاً ورفع أمرها إلى النبي صلى الله عليه وسلم فاعترفت بالسرقة ، فخشى قومها أن ينفذ الرسول عقوبة السارق فيها فيفضحوا وجاءوا إلى أسامة بن زيد ، وكان معروفاً بحب النبي صلى الله عليه وسلم له ولأبيه زيد وكلموه في أن يشفع للمرأة ألا ينفذ فيها العقوبة وكلم

(١) النحل — ٩٠ (٢) النساء — ٥٨ (٣) المائدة — ٨ (٤) النساء — ١٣٥ .

رسول الله فغضب عليه الصلاة والسلام وقال : أتشفع في حد من حـدود الله ؟ ثم جمع الناس فخطب فيهم قائلاً : يأيها الناس إنما أهلك من كان قبلكم الخ .

فهذا الأسلوب القاطع في منع المحاباة في إقامة حدود الله وتنفيذ أحكامه يدل دلالة واضحة على أن المساواة بين الناس أصل أصيل في شريعة الإسلام .

أنظر إن شئت إلى ما قاله رسول الله في حجة الوداع بشأن إهدار ما بقى من ربا الجاهلية بادئاً بإهدار ما كان لعمه العباس وهو أقرب الناس إليه .

« ألا إن ربا الجاهلية موضوع عنـكم كله لكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا ولا تظلمون وأول ربا موضوع أبدأ ربا عمى العباس بن عبد المطلب » .

ولما طبق الخلفاء والأئمة من بعدهم هذا المبدأ استقام لهم الأمر . ودخل الناس في دين الله أفواجاً حباً في الإسلام العادل ، وفراراً من جور غير المسلمين من الحكام .

فهذا أبو بكر يقول في أول خطبة له : أما بعد أيها الناس فاني قـد وليت عليكم ولست بخيركم ، فان أحسنت فأعينوني وإن أسأت فقوموني .. ثم قال : والضعيف فيكم قوي عندي حتى أرد عليه حقه إن شاء ، والقوي فيكم ضعيف عندي حتى آخذ الحق منه إن شاء الله » .

وهذا عمر وعدله الذي ملأ الدنيا بعد رسول الله يجيئه مصري شاكياً ابن حاكم مصر من قبله (ابن عمرو بن العاص) لأنه ضربه من غير حق عندمـا سبقه ، فيستدعي الحاكم وابنه لمقر الخلافه ليقتص منـه المظلوم ، ثم يقول للمصري : اضرب ابن الأكرمين ، ويلتفت إلى عمرو ، ويوجه إليه الخطاب (متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً) ؟

وكان إذا نهى الناس عن شيء جمع أهله فقال : إني نهيت الناس عن كذا

وكذا وإن الناس ينظرون إليكم نظر الطير إلى اللحم . وأقسم بالله لا أجد أحداً منكم فعله إلا أضعفت العقوبة عليه .

ولقد ضرب ابنه أبا شحمة الحد في الشرب وفي أمر آخر فمات من ذلك .

وقال مرة لجلسائه : أرأيتم إذا استعملت عليكم خير من أعلم . ثم أمرته بالعدل أكنت قضيت ما علي ؟ فرد الناس : بأن نعم ، فقال لهم : لا حتى أنظر في عمله أعمل بما أمرته أم لا :

لأنه رضي الله عنه كان يرى أنه مسئول شخصياً عن كل تصرف من تصرفات عمله ، ولقد قال مرة : (أيما عامل لي ظلم أحداً ، وبلغني مظلمته فلم أغيرها فأنا ظلمته) وكان يقول للوالي : « افتح لهم بابك وباشر أمورهم بنفسك فإنما أنت رجل منهم غير أن الله جعلك أثقلهم حملا » .

وما كان رضي الله عنه يتردد في رد الحق إلى صاحبه بأي وسيلة حتى ولو كانت تلك الوسيلة الضرب لكبير في قومه . انظر إليه وقد ظلم أبو سفيان مسلما، فيأمره برد الحق لصاحبه فيتردد أبو سفيان ، فيهوي عمر عليه بالدرة ولا يدعه حتى رد الحق إلى صاحبه .

كما كان ينصف المظلوم مهما كانت منزلته وجنسيته، وديانته فلقد شكا أحد الرعية من الفرس الوالي إليه لأنه اغتصبه أرضاً استغلها للنفع العام بغير رضا منه فكتب إليه عمر : بعد تحية الإسلام يقول : **أنصف فلانا من نفسك وإلا فاقبل والسلام :**

ويروى أنه وقع بين الرشيد ـ وهو خليفة ـ وبين نصراني خصومة رفعا أمرها إلى القاضي أبي يوسف فحكم على الرشيد . وحين أدركته الوفاة قال : اللهم إنك تعلم أني وليت هذا الأمر فلم أمل إلى أحد الخصمين إلا في خصومة نصراني مع الرشيد لم أسوّ بينهما وقضيت على الرشيد وبكى

هذا هو عدل الإسلام في أحكامه وفي قضائه وهذا هو مسلك المطبقين له

مصادر التشريع في هذا الدور

ليس للتشريع مصدر في هذا الدور إلا وحي السماء ، كما صرح القرآن بذلك في غير آية (وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى) [١] ، « ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء) [٢] .

والرسول صلى الله عليه وسلم كما أمر بتبليغ الوحي في قوله تعالى : (يأيها الرسول بلّغ ما أنزل إليك من ربك فإن لم تفعل فما بلغت رسالته) [٣] أمر ببيانه في قوله تعالى : (وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم [٤]) :

فبين ما خفى عليهم من القرآن ، وما ورد مجملاً فيه بإلهام الله تعالى كما جاء صريحاً في قوله تعالى : (لا تحرك به لسانك لتعجل به . إن علينا جمعه وقرآنه فإذا قرأناه فاتبع قرآنه ثم إن علينا بيانه [٥]، وقوله « إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ولا تكن للخائنين خصيما [٦]) .

وكان بيانه صلى الله عليه وسلم تارة بالفعل كما في الصلاة ، حيث صلى أمامهم، ثم قال : (صلوا كما رأيتموني أصلي) ، وتارة بالقول كما في بيانه الزكاة التي أمرنا القرآن بإيتائها من غير بيان مقدارها . فقال الرسول . (هاتوا ربع عشر أموالكم) ، وأخرى بالتقرير فيما إذا رأى شخصاً يفعل فعلاً باجتهاده ، ويصيب فيه . فيقره على فعله بترك الإنكار عليه .

وهـــذا البيان بأنواعه هو المسمى بالسنة ، وهي أقوال الرسول وأفعاله

---

(١) النجم - ٣ ، ٤ (٢) النحل - ٨٩ .
(٣) المائدة - ٦٧ (٤) النحل - ٤٤ .
(٥) القيامة من ١٦ - ١٩ (٦) النساء - ١٠٥

وتقريراته، فنأخذ من هذا أن الوحي نوعان: قرآن وسنة، والكل من عند الله، وأن الله كما أمرنا بطاعته أمرنا بطاعة الرسول .

(يأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول) [١] . بل جعل طاعة الرسول طاعة الله في قوله : (من يطع الرسول فقد أطاع الله [٢]) .

بقيت مسألة اجتهاد الرسول عندما كان يسأل عن الحكم ، ويتأخر الوحي فيفتي السائل باجتهاده . هل يعتبر هذا الاجتهاد مصدراً ثالثاً للتشريع ؟

والجواب أن هذا الاجتهاد لا يعتبر مصدراً مستقلا ، لأنه يرجع إلى الوحي، حيث إن إقراره له إن كان صواباً ، وبيان وجه الخطأ فيه إن كان غير ذلك يجعله في النهاية مستنداً إلى الوحي .
إذاً تكون مصادر التشريع في هذه الفترة منحصرة في القرآن والسنة .

ومن أمثلة اجتهاده صلى الله عليه وسلم أنه شاور أصحابه فيما يفعله بأسارى بدر ، فأشار أبو بكر بأخذ الفداء قائلا للرسول: (يا رسول الله بأبي أنت وأمي قومك فيهم الآباء والأبناء والعمومة وبنو العم والإخوان ، وأبعدهم منك قريب ، فامنن عليهم منّ الله عليك ، أو فادهم يستنقذهم الله بك من النار ، فتأخذ منهم ما أخذت قوة للمسلمين . فلعل الله أن يقبل بقلوبهم .

وأشار عمر بقتلهم قائلا : (يا رسول الله ، هم أعداء الله ، كذبوك وقاتلوك وأخرجوك . اضرب رقابهم . هم رؤوس الكفر وأئمة الضلالة يواطىء الله بهم الإسلام . ويذل بهم أهل الشرك) . فاختار الرسول في النهاية رأي أبي بكر . فنزل القرآن معاتباً له على ذلك(ما كان لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن[٣]

---

(١) و (٢) النساء - ٥٩ ؛ ٨٠ .
(٣) يثخن : يغلب على كثير من الأرض ويبالغ في قتل أعدائه .

في الأرض تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة والله عزيز حكيم . لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم [1] .

ولعل ذلك العتاب يرجع إلى أن الرسول كان في أول مراحل الجهاد مع المشركين وهذا يقتضي أن يشتد معهم ولا يلين ، فيقتلهم ليكونوا عبرة لغيرهم .

ومنه أن الرسول أذن للمتخلفين في غزة تبوك بالبقاء ، وعدم الخروج وكان منهم المؤمنون الصادقون ، والمنافقون الكاذبون فنزل القرآن مبيناً خطأه ، وأنه كان يجب عليه أن يتثبت من أمرهم قبل الإذن .

« عفا الله عنك لم أذنت لهم حتى يتبين لك الذين صدقوا وتعلم الكاذبين [2] .

ومن اجتهاده الذي لم يقره الله عليه ما ورد في قصة خولة بنت ثعلبة امرأة أوس بن الصامت حين ظاهر منها زوجها ، وقال لها : « أنت عليّ كظهر أمي» فقصدت رسول الله تشكو إليه قائلة : « إن أوساً تزوجني وأنا شابة مرغوب فيّ ، فلما خلت سني ونثر بطني جعلني عليه كأمه ، فقال لها الرسول : « حرمت عليه » . فقالت يا رسول الله : ما ذكر طلاقاً، وإنما هو أبو ولدي وأحب الناس إلي ، فقال : « حرمت عليه » وكلما ناقشته قال : « حرمت عليه » ، فقالت : أشكو إلى الله فاقتي ووجدي « أي حزني » . فسمع الله لها ، وأنزل فيها قرآناً « قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله والله يسمع تحاوركما إن الله سميع بصير » الآيات من أول سورة المجادلة بين فيها أن الظهار ليس طلاقاً ، بل هو قلب للحقائق ، والواجب فيه كفارة هي تحرير رقبة ، فإن لم يتيسر فصيام شهرين متتابعين ، فإن لم يتيسر فإطعام ستين مسكيناً ، وهذه الكفارة تأديب لمن يتلاعب بالألفاظ التي تهدد الأسرة بالانهيار والتفكك .

وكذلك ثبت أنه صلى الله عليه وسلم أذن لبعض أصحابه في الاجتهاد إذا

---

(١) الأنفال — ٦٧ ، ٦٨ .

(٢) التوبة ، ٤٣

كانوا بعيدين عنه ، فاجتهد كثير منهم . إلا أن هذه الاجتهادات كانت تعرض عليه فيقر الصواب منها .

فلقد ثبت أن رسول الله لما أرسل معاذ بن جبل إلى اليمن قاضيـــاً قال له : بم تقضي؟ قال بكتاب الله ، قال فإن لم تجد، قال فبسنة رسول الله، قال فإن لم تجد، قال فبر أبي، فقال الرسول : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله إلى ما يرضي الله ورسوله ، وهذا الحديث يعتبر أساساً في الإذن بالاجتهاد » .

وروى أن رسول الله لما بعث علي بن أبي طالب قاضياً إلى اليمن قال له : إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك ، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء .

ولم يقف الأمر عند هذا ، بل تعداه إلى أن الرسول أمر بعض الصحابة بالقضاء في خصومة أمامه . فقد روى أنه صلى عليه وسلم قال يوماً لعمرو ابن العاص : أحكم في هذه القضية ، فقال عمرو . أأجتهد وأنت حاضر ؟ قـــال « نعم إن أصبت فلك أجران وإن أخطأت فلك أجر [1] .

وحوادث اجتهاد الصحابة في أسفارهم كثيرة ، ولولا خشية الإطالة لعددنا منها الكثير .

بقي أن يقال إذا كان اجتهاد الرسول وأصحابه في هـــذا العصر مرده إلى الوحي فما فائدة الاجتهاد والإذن فيه ؟

والجواب :أن الشريعة الإسلامية خاتمة الشرائع ، وهي شريعة الله إلى يوم الدين ونصوصها لم تستوعب أحكام الحوادث الجزئية .ما جد منها وما لم يجد والحوادث

---

(١) راجع إعلام الموقعين لابن القيم ج ١ ؛ وكتاب الأحكام لابن حزم ج ٦ ص ٢٦ ، والمبسوط للسرخسي ج ١٦ ص ٧٠ .

متجددة على مر الأيام ، فلو لم يكن هناك اجتهاد لاستنباط إحكام لهذه الحوادث الجديدة لوقفت الشريعة . وما وسعت كل شيء .

من أجل ذلك أذن الله لرسوله بالاجتهاد، فاجتهد وعلم أصحابه ، وبين الله لهم في القرآن علل بعض الأحكام لينفتح المجال أمامهم بالقياس عليها . فكان الاجتهاد من خصائص هذه الشريعة (١) .

«١» يقول صاحب تفسير المنار جـ ٦ ص ٤١٩ عند تفسير قوله تعالى « ولو شاء الله لجعلكم أمة واحدة ولكن ليبلوكم فيما آتاكم » ولو شاء الله أن يجعلكم أيها الناس أمة واحدة ذات شريعة واحدة ومنهاج واحد في سلوكها والعمل بها لفعل بأن خلقكم على استعداد واحد وألزمكم حالة واحدة في أخلاقكم وأطوار معيشتكم بحيث تصلح لها شريعة واحدة في كل زمن ، وحينئذ تكونوا كسائر أنواع الخلق التي يقف استعدادها عند حد معين كالطير أو النمل أو النحل . ولكنه لم يشأ ذلك بل جعلكم نوعاً ممتازاً يرتقي في أطوار الحياة بالتدريج وعلى سنة الارتقاء فلا تصلح له شريعة واحدة في كل أطوار حياته بل جعل لكم في كل طور شريعة تصلح له لا لغيره، وختم شرائعه ومناهجه بالشريعة المحمدية المبنية على أصل الاجتهاد، وجعل أمره في في القضاء والسياسة والاجتماع شورى بين أولى الأمر من أهل المكانة والعلم والرأي ليبلوكم أي ليعاملكم بذلك معاملة المختبر لاستعدادكم فيما أعطاكم من الشرائع .

ثم قال إن الفروق بين الشرائع تظهر بالمقارنة بين اليهودية والنصرانية والإسلام، فاليهودية شريعة مبنية على الشدة وتربية قوم ألفوا العبودية والذل وفقدوا الاستقلال في الإرادة والرأي فهي مادية جسدية شديدة ليس لأهلها فيها رأي ولا اجتهاد ، فالقائم بتنفيذها كالمربي للطفل العارم الشكس .

والمسيحية يهودية من جهة روحانية شديدة من جهة أخرى ، فهي تأمر أهلها أن يسلموا أمورهم الجسدية والاجتماعية للمتغلبين من أهل السلطة والحكم مهما كانوا عليه من الفساد والظلم وأن يقبلوا كل ما يسامون به من الخسف والذل ، ويجعلوا عنايتهم كلها بالأمور الروحية وتربية العواطف والوجدانيات النفسية فهي تربية للنوع في طور التمييز عندما كان كالغلام اليافع الذي تؤثر في نفسه الخطابيات والشعريات .

وأما الإسلامية فهي القائمة على أساس العقل والاستقلال المحققة لمعنى الانسانية = بالجمع بين

وهنا يبرز سؤال آخر يقول : إذا كان الوحي ينزل على رسول الله وأبيح له الاجتهاد تعليماً لأمته فلم تركه الله في بعض اجتهاداته يخطىء الصواب ثم يعاتبه بعد ذلك ولِمَ لَمْ يلهمه الصواب في كل ما اجتهد فيه ؟

والجواب أن وراء هذا الخطأ حكمة بالغة هي أن الاجتهاد من لوازم هذه الأمة وبخاصة بعد وفاته صلى الله عليه وسلم ، والاجتهاد رأي وهو عرضة للصواب والخطأ . فخطأ رسول الله في اجتهاده يكون عزاء للمخطئين في اجتهاداتهم من جهة ، وإرشاداً للناس إلى احترام آراء المجتهدين وعدم التسرع في الحكم عليهم بالخطأ وعدم التشنيع عليهم فيما أخطئوا فيه من جهة أخرى .

كما يرشد المجتهدين إلى أن آراءهم لا ينبغي الوقوف عندها والتعصب لها حتى ولو ظهر خطؤها بل ينبغي إعادة النظر فيها لاحتمال أنها مخالفة للصواب .

وبهذا يتحقق أن بعثة رسول الله كانت ولا تزال رحمة لهذه الأمة كما صرح القرآن بذلك « وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين » .

ويجب أن نلاحظ هنا الأمور الآتية :

الأول : أن الشريعة كملت أصولها وقواعدها قبل وفاة الرسول مصداقاً لقوله

مصالح الروح والجسد ، وبهذا يصدق عليها قوله تعالى « كنتم خير أمة أخرجت للناس » « وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس » فهي مبنية على إساس الاستقلال البشري اللائق بسن الرشد وطور ارتقاء العقل ، ولذلك كانت الأحكام الدنيوية في كتابها قليلة وفرض فيها الاجتهاد ، لأن الراشد يفوض إليه أمر نفسه فلا يقيد إلا بما يمكن أن يعقله من الأصول القطعية . ومن مقومات أمته الملية التي تختلف باختلاف الزمان والمكان ثم قال : ومن فقه ما حققناه علم أن حجة الله تعالى بأكماله الدين بالقرآن وختمة النبوة بمحمد صلى الله عليه وسلم وجعل شريعته عامة دائمة لا تظهر إلا ببناء هذا الدين على أساس العقل، وبناء هذه الشريعة على أساس الاجتها. وطاعة أولى الأمر الذين هم جماعة أهل الحل والعقد . فمن منع الاجتهاد فقد منع حجة الله تعالى وأبطل مزية هذه الشريعة على غيرها . وجعلها غير صالحة لكل الناس في كل زمان » اه

تعالى « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً »[1] التي نزلت في حجة الوداع قبل وفاة الرسول بثلاثة أشهر ، ولذلك قيل لم ينزل بعدها حلال ولا حرام .

وعلى هذا يكون التشريع على الحقيقة انتهى بوفاة الرسول ، ولم يبق إلا التطبيق للقواعد ، والاستنباط من النصوص .

الثاني : كان الرسول هو المرجع في القضاء والاستفتاء وحده تبعاً لاتحاد مصدر التشريع ، ومن هنا لم يوجد في واقعة من الوقائع أكثر من رأي واحد ، ولم يلجأ أحد في استفتائه إلا إلى الرسول ، والأحكام التي صدرت في خصومات من أحد الصحابة في البلدان البعيدة لا تعتبر تشريعاً إلا إذا أقرها الرسول صلى الله عليه وسلم .

الثالث : أن الفقه في هذا الدور كان واقعياً عملياً ، وقد انتهى ولم يدون منه شيء غير ما جاء في القرآن ، لأن الرسول أمر بكتابته ، ونهاهم عن كتابة السنة خوف اختلاطها بالقرآن .

وفي نهاية هذا الدور يقول رسول الله لأصحابه . « تركت فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما كتاب الله وسنتي » .

---

(١) المائدة ـ ٣ .

الدور الثاني دور البناء والكمال

ويبدأ من سنة ١١ هـ وينتهي في منتصف القرن الرابع الهجري تقريباً .

قدمنا أن الرسول اجتهد في بعض الحوادث . وأذن لأصحابه في الاجتهاد ، بل ودربهم عليه مع نزول الوحي تمهيداً للحياة المستقبلة ، وإعداداً لهم للخلافة . فما أن انتهي الدور الأول ، وهو دور التأسيس ووضع القواعد والمبادىء بوفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى بدأ الدور الثاني ، وهو دور البناء والكمال .

وهذا الدور — بوجه عام — كان مطبوعاً بطابع الاجتهاد [١] وأخذ الأحكام من النصوص إن وجدت ، فإن لم توجد فبالرأي الجماعي متى أمكنت المشورة فيما يتعلق بشأن الجماعة . أو الفردي إذا تعذرت الشورى ، أو كان الأمر متعلقاً بمسائل فردية .

فكان كل من تأهل للاجتهاد يجتهد فيما نزل به وفيما استفتى فيه متى تعينت عليه الفتوى ، ومن لم يبلغ هذه المنزلة لجأ إلى غيره من أهل الفتيا .

وكانت حرية الاستفتاء مكفولة أول الأمر ، فلم يكن الشخص ملزماً باستفتاء

---

(١) والاجتهاد هو بذل الفقيه غاية جهده لاستنباط الحكم الشرعي من أدلتــه التفصيلية ، ويشترط في المجتهد أن يكون عالما بكتاب الله وسنة رسوله وبأسرار الشريعة مع علمه بلغة العرب وجميع الوسائل الأخرى التي يتوقف عليها الاستنباط . فإذا توفر فيه ذلك وجب عليه الاجتهاد إذا لم يجد حكم الواقعة صراحة في نص من النصوص ولم يكن مجمعاً عليه من قبل . وإذا لم يتوفر فيه ذلك وجب عليه أن يسأل غيره ممن تأهل لذلك لقوله تعالى « فاسئلوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون » .

شخص معين ولا تقليد واحد بعينه ولم يوجد ذلك التقليد[1] إلا عندما تكونت المذاهب الفقهية وتميزت عن بعضها ، وأصبح لها أتباع يسيرون في فلكها ، ومع هذا التقليد لم ينته الاجتهاد دفعة واحدة ، بل كان السبيل إلى استنباط الأحكام التي لا يوجد فيها نقل عن الأئمة كما صرح[2] بذلك الفقيـــه الحنفي أبو الحسن الكرخي المتوفي ٣٤٠ هـ .

وهذا الدور ينقسم إلى ثلاث مراحل ، كل مرحـــلة تتميز عن الأخرى ببعض الخصائص .

---

(١) يقول ابن حزم في كتابه الأحكام جـ ـ ص ١٤٦ : إن بدعـه التقليد ظهرت في الناس وابتدىء بها بعد الأربعين ومائة من تاريخ الهجرة وهي بعد القرون الثلاثة التي أخبر عنها الرسول صلى الله عليه وسلم . ثم لم تزل حتى عمت بعد المائتين إلا من عصم الله .

(٢) يقول الكرخي في رسالته الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية : الأصل أن الحادثـــة إذا وقعت ولم يجد المؤول فيها جواباً ونظيراً في كتب أصحابنا فإنه ينبغي له أن يستنبط جوابها من غيرها . إما من الكتاب أو السنة أو غير ذلك مما هو الأقوى فالأقوى فإنـــه لا يعدو حكم هذه الأصول .

المرحلة الأولى :

عصر الخلفاء الراشدين

بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم انتقلت قيادة الأمـــة في أمور الدين والدنيا إلى خلفائه الراشدين ، وكبار الصحابة ، فواجهوا أحـداثاً لم تكن في عصر النبوة لاتساع رقعة الدولة الإسلامية بفتح الشام والعراق ومصر وفارس وغيرها ، وفي هذه البلاد نظم لم يألفوها ، وعادات وتقاليد تغاير ما عندهم في شبه الجزيرة العربية . وأحداث جديدة ما كانت تعرض لهم في بـلادهم ، وكل ذلك يتطلب حكم الإسلام فيه ، وهم بحكم قيادتهم مكلفون بهذا فماذا يفعلون والنصوص لم تصرح بالكثير منه ؟ فلم يكن لهم منفذ إلا الاجتهاد ، واستعمال الرأي على ضوء القواعد الشرعية ، فاجتهدوا تأسياً برسول الله واستصحاباً لإذنه لهم بالإجتهاد في عصره ، واستنباطاً من تعليل النصوص لبعض الأحكام ، فإن هذا التعليل إشارة إلى أن التشريع قصد به تحقيق مصالح الناس ، وهذا يدعو إلى الاجتهاد عند فقدان النص الصريح .

طريقتهم في الفتيا والقضاء

إذا وقعت الحادثة بحثوا عن حكمها في كتاب الله ، فإن وجدوه حكموا بـه ، وإن لم يعثروا عليه فيه التمسوا حكمها في السنة ، فإن لم يسعفهم نص من هذين جمع الخليفة كبار الصحابة وشاورهم في الأمر ، فإذا اتفقوا على رأي صدر

الحكم الجماعي ، وإن اختلفوا أعادوا النظر ، وقلبوا المسألة على جميع وجوهها الممكنة ، فإذا لم يوجد اتفاق أخذ فيها برأي الأغلبية ، وفي هـذه الحالة تسلم الأقلية لرأي الأغلبية حسماً لمادة الخلاف ، وهذا طبعاً في المسائل التي لهامساس بالحكم . أما المسائل الفردية التي تخص الأشخاص فإنه كان يكفي فيها الاجتهاد الفردي .

ومما يدلنا على أن هذه كانت طريقتهم ما رواه البغوى في مصابيح السنة قال : كان أبو بكر إذا ورد عليه الخصوم نظر في كتاب الله ، فإن وجد فيه ما يقضي به بينهم قضى به ، وإن لم يجد في الكتاب وعلم من رسول الله في ذلك الأمر سنة قضى بها ، فإن أعياه خرج فسأل المسلمين وقال أتاني كذا وكذا فهل علمتم أن رسول الله قضى في ذلك بقضاء ؟ فربما اجتمع عليه النفر كلهم يذكر عن رسول الله قضاء فيقول أبو بكر : الحمد الله الذي جعل فينا من يحفظ عن نبينا ، فإن أعياه أن يجد فيه سنة عن رسول الله جمع رؤوس الناس وخيارهم ، فإن اجمع رأيهم على أمر قضى به ، وكان عمر يفعل ذلك فإن أعياه أن يجد في القرآن والسنة نظر هل كان فيه لأبي بكر قضاء ؟ فإن وجد أبا بكر قضي فيه بقضاء قضى به ، وإلا دعا رؤوس المسلمين ، فإذا اجتمعوا على شيء قضى به[1].

فهذ أسلوبهم فيما كان يعرض عليهم من قضايا ، وبه أوصوا قضاتهم الذين كانوا يرسلونهم إلى المدن البعيدة بعد أن فصل أمر القضاء عن الولاية لما كثرت الأعمال في عهد عمر .

فلقد أثر عن عمر رضي الله عنه أنه لما ولىّ شريحا أمر القضاء في الكوفة قال له : أقض بما استبان لك من قضاء رسول الله ، فإن لم تعلم كل أقضية رسول

(١) إعلام الموقعين جـ ١ صـ ٧٠ .

الله فاقض بما استبان لك من قضاء أئمته المهتدين ، فان لم تعلم كل ماقضت بـه الأئمة المهتدون فاجتهد رأيك واستشر أهل العلم والصلاح

وبعد فترة من الزمن أرسل له كتاباً يذكره بالخطة القويمة الواجب اتباعها فيقول له : إذا حضرك أمر لا بد منه فانظر في كتاب الله فاقض به ، فإن لم يكن ففيما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن لم يكن ففيما قضى بـه الصالحون وأئمة العدل ، فإن لم يكن فأنت بالخيار . إن شئت أن تجتهد رأيك فاجتهد رأيك ، وإن شئت أن تؤامرني ، ولا أرى مؤامرتك إياي إلا خيراً لك [1] والسلام .

من ذلك نرى أنه جد مصدر جـديد للفقه . وهو استعمال الرأي الذي لم يحدد بمعنى خاص في هذا الوقت ، بل كان — كما يقول ابن القيم في إعـــلام الموقعين — ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجـه الصواب ممـا تتعارض فيه الأمارات .

والرأي عندهم — كما رأيت — نوعان : رأي جماعي ، ورأي فردي ، أو اجتهاد الجماعة واجتهاد الفرد ، ونحن إذا تتبعنا مواضع استعمالهم للرأي وجدنا هذه الكلمة شاملة لأنواع الأدلة التي تميزت بأسماء خاصة فيما بعد . كالقياس والاستحسان والاستصلاح مع ملاحظة أنهم لم يهملوا العرف .

ومع استعمالهم الرأي لم يكن الواحد منهم يجزم بأن هذا حكم الله ، بل

---

(١) ففي هذا الكتاب يرسم له طريق القضاء السليم ويخيره في النهاية بين الاجتهاد وبين أن يكتب إليه ويجعل الكاتبة خيراً له ، لأن طريقة عمر فيما يأتيه من ولاته وقضاتـــه هي المشورة وأخذ الرأي الجماعي وبه تكون الكتابة إليه بشأن الخصومة التي ليس فيها نص ولا قضاء سابق أحسن من قضاء القاضي برأيه وحده .

ينسبه إلى نفسه إن كان خطأ .

يدل لذلك ما روى عن أبي بكر الصديق أنه كان إذا اجتهد وبان له الرأي الراجح عنده يقول : هذا رأيي ، فإن يكن صواباً فمن الله ، وإن يكن خطأ فمني وأستغفر الله .

وما روى عن عبد الله بن مسعود لما سئل عن المرأة التي تزوجت ، ولم يفرض لها زوجها صداقا . ومات قبل أن يدخل بها قال : أقول فيها برأيي « لها مهر مثلها لا وكس [1] ولا شطط ، فإن يكن صواباً فمن الله وإن يكن خطأ فمني ومن الشيطان ، والله ورسوله منه بريئان » .

وأخرج الطبراني عنه أنه قال : عسى رجل أن يقول إن الله أمر بكذا أو نهى عن كذا ، فيقول الله عز وجل له : كذبت ، ويقول : إن الله حرم كذا وأحل كذا ، فيقول الله عز وحل : كذبت .

ولقد كتب كاتب لعمر في فتيا : هذا ما رأى الله ورأى عمر . فقال له بئسما قلت . هذا ما رأى عمر ؛ فان يكن صواباً فمن الله . وإن يكن خطأ فمن عمر ، ثم قال : السنة ما سنه الله ورسوله ، لا تجعلوا خطأ الرأي سنة للأمة [2] .

وفي رواية أخرى « يا أيها الناس . إن الرأي كان من رسول الله صلى الله عليه وسلم مصيباً لأن الله كان يريه ، وإنما هو منا الظن والتكلف ، وقال: السنة ما سنه الله ورسوله ، لا تجعلوا خطأ الرأي سنة للأمة » .

وروى عنه أنه كان يقول : « لا يقولن أحدكم قضيت بما أراني الله تعالى ،

---

(١) الوكس النقص ، والشطط الزيادة ، (٢) إعلام الموقعين جـ ١ صـ ٦٢ .

فان الله تعالى لم يجعل ذلك إلا لنبيه صلى الله عليه وسلم وأما أحدنا فرأيه يكون ظناً لا علما [1] » .

ومما يؤكد ذلك أن الواحد منهم كان يسر ويحمد الله تعالى إذا ظهر له أن اجتهاده وافق حديث رسول الله .

من ذلك ما رواه مسلم [2] أن عمر بن الخطاب خرج إلى الشام وقبل أن يدخلها علم بوقوع الوباء بها فشاور المهاجرين فاختلفوا ثم شاور الأنصار فاختلفوا ثم شاور مشيخة قريش من مهاجرة الفتح فلم يختلفوا وأشاروا عليه بالرجوع . فقرر عمر الرجوع . فقال أبو عبيدة بن الجراح : أفراراً من قدر الله ؟ فقال عمر لو غيرك قالها يا أبا عبيدة ، وكان عمر يكره خلافه ، نعم نفر من قـدر الله إلى قدر الله ، أرأيت لو كانت لك إبل فهبطت واديا له عدوتان « ناحيتان» إحداهما خصبة والأخرى جدبة ، أليس إن رعيت الخصبة رعيتها بقدر الله ، وإن رعيت الجدبة رعيتها بقدر الله ،فجاء عبد الرحمن بن عوف وكان متغيباً في بعض حاجاته فقال : إن عندي من هذا علما سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « إذا سمعتم به بأرض فلا تقدموا عليه ، وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا فرارا منه » قال . فحمد الله عمر بن الخطاب ثم انصرف .

ومنه ما روى عن ابن مسعود [3] أن سائلا سأله عن المرأة التي تزوجت من غير أن يفرض لها زوجها صداقا ثم توفى عنها فقال بعد شهر : أقول فيها برأيي فإن يك صوابا فمن الله ورسوله ، وإن يك خطأ فمن نفسي . وفي رواية فمن

---

(١) تفسير المنار جـ ٥ صـ ٣٩٥ نقلا عن الإمام الرازي،وراجـع تفسير البحر المحيط جـ ٣ صـ ٣٤٣ .

(٢) صحيح مسلم صـ ٢٧و٢٨ من القسم الثاني من الجزء الثاني .

(٣) فتح القدير لابن الهمام جـ ٢ صـ ٤٤٠ .

ابن أم عبد وفي رواية فمني ومن الشيطان والله ورسوله منه بريئان . أرى لها مهر مثل نسائها لا وكس ولا شطط . فقام رجل يقال له معقل بن سنان وأبو الجراح حامل راية الأشجعين فقالا : نشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في امرأة منا يقال لها بروع بنت واشق الأشجعية بمثل قضائك هذا . فسر عبد الله بن مسعود سروراً لم يسر مثله قط بعد إسلامه (وبروع بكسر البـاء في المشهور ويروى بفتحها) .

ولقد روى الترمذي والنسائي وأبو داود هذا الأثر بروايات أخرى مختصرة قال البيهقي جميع روايات هذا الحديث وأسانيدها صحاح .

وكذلك إذا اختلفوا في مسألة ثم روى لهم حديث صحيح عن رسول الله سلموا له وارتفع اختلافهم ،وأمثلة ذلك كثيرة منها أنهم لما تنازعوا في الخلافة بعد رسول الله ، وقال زعيم الأنصار منا أمير ومنكم أمير . روى عبـادة بن الصامت الأنصاري عن رسول الله أن الأنصار بايعوه على أن لا ينازعوا الأمـر أهله « وروى أنس بن مالك الأنصاري قول رسول الله « الأئمة من قريش» وقال أبو بكر لسعد زعيم الانصار في مناقشتها :وقد علمت يا سعد أن رسول الله قال وأنت قاعد « إن الأئمة من قريش الناس برّهم تبع لبرّهم وفاجرهم تبـع لفاجرهم ، قال صدقت أو قال نعم ، لما قالوا ذلك سلمت الأنصار . رواه أحمد في المسند .

وثمة ظاهرة أخرى صاحبت استعمالهم للرأي لا تقل في أهميتها عن سابقتها وهي احترام الرأي المتبادل بينهم ، فما كان الواحد منهم يتعصب لرأيه بمحاولة جعله مذهباً يرد الناس إليه عند الاختلاف في الاجتهـاد حتى ولو كان صاحب سلطان ، والحادثة الآتية تصور لنا مدى ما وصلوا إليـه من احترام بعضهم لآراء بعض .

روى الطبري أن عمر بن الخطاب — وهو خليفة — لقي رجلا له قضية فسأله ماذا صنعت ؟. فقال قضى علي بكـذا ، قال عمر . لو كنت أنا لقضيت بكذا ، قال الرجل . فما يمنعك والأمر إليك ؟ فأجابه عمر . لو كنت أردك إلى كتاب الله أو إلى سنة رسوله لفعلت ، ولكني أردك إلى رأي والرأي مشترك ولست أدري أي الرأيين أحق عند الله [1] .

وأمثلة إفتائهم بالرأي كثيرة . منها فتوى ابن مسعود السابقة .

ومنها . ما روى أن عمر رضي الله عنه رفعت إليه قضية رجل قتلته امرأة أبيه وخليلها، فتردد عمر في قتل الجماعة بالواحد ، لأن كتاب الله يقول: (النفس بالنفس) فقال علي : أرأيت يا أمير المؤمنين لو أن نفراً اشتركوا في سرقـة جزور فأخذ هذا عضواً وهذا عضواً أكنت قاطعهم ؟ قال نعم . قال فكذلك فعمل عمر برأيه وكتب إلى عامله (أن اقتلها فلو اشترك فيـه أهل صنعاء كلهم لقتلتهم به) .

ومنها . إفتاؤهم بتضمين الصناع إذا ادعوا هلاك ما عندهم من متاع بدون إقامة بينة على دعواهم ، وفي هذا يقول علي رضي الله عنه : « لا يصلح الناس إلا ذاك »

ومنها منع عمر رضي الله عنه إعطاء المؤلفة قلوبهم في خلافة أبي بكر لزوال السبب الموجب لإعطائهم ، ووافقه أبو بكر على رأيه .

ومنها أنهم أفتوا بأن المرأة التي طلقها زوجها في مرض موته ترثه إذا مات

«١» راجع تاريخ التشريع للخضري وحاشية الحموي على الأشباه والنظائر جـ ١ ص ١٣٩ .

لأنه بطلاقه هذا يعتبر فاراً من ميراثها ، فمعاملة له بنقيض مقصوده حكموا بإرثها، وكان عمر يقول : ترث منه إذا مات وهي في العدة فقط ، وخالفه عثمان ابن عفان ، فقال ترثه مطلقاً . مات في العدة أو بعدها .

ومنها حكمهم بتشريك الجدتين في السدس بعد تقدم قضاء رسول الله بـه للجدة من قبل الأم . روى مالك [1] عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد أنه قال : أتت الجدتان إلى أبي بكر الصديق . فأراد أن يجعل السدس للتي من قبل الأم ، فقال له رجل من الأنصار : أما إنك تترك التي لو ماتت وهو حي كان إياها يرث ، فجعل أبو بكر السدس بينهما ، وروى مثل ذلك عن عمر .

اختلافهم في الاجتهاد وأسبابه :

ومع هـذه الشورى والاجتهاد الجماعي وقع الاختلاف بينهم في الاجتهاد ، وهذا الاختلاف يرجع إلى أسباب نجملها فيما يلي :

أولاً : اختلافهم في فهم القرآن ، لأن دلالة آياته ليست قطعية كلها ، بـل كثير منها ظني الدلالة ، إما بسبب لفظ مشترك بين معنيين ، فيحمله واحد على أحد المعنيين بينما يحمله الآخر على المعنى الثاني لقرينة تظهر له . كما في قوله تعالى

« والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » والقرء في اللغة مشترك بـين الحيض والطهر ، فحمله بعضهم على الحيض، وقال عدتها ثلاث حيض ، وآخرون على الطهر . وقال عدتها ثلاثة أطهار .

وإما بسبب لفظ اختلف فيه هل هو حقيقة أو مجاز : كاختلافهم في أن

---

(١) الموطأ بشرح الباجي جـ ٦ ص ٢٣٩ .

الجد يحجب الإخوة من الميراث كالأب ، فذهب أبو بكر إلى ذلك ، لان القران سماه أباً « واتبعت ملة آبائي إبراهيم وإسحق ويعقوب [1] » ووافقه على ذلك ابن عباس ، وابن الزبير ، وابن عمر ، وحذيفة بن اليمان ، ومعاذ بن جبل ، وأبي ابن كعب وعائشة وغيرهم ، وخالفه في ذلك علي وزيد بن ثابت وابن مسعود فقالوا : لا يحجبهم بل يتقاسمون الميراث ، فلم يجعلوه بمنزلة الأب ، وتسميته في القرآن بالأب كانت بطريق المجاز ، والرواية عن عمر مختلفة وإن كان المشهور عنه أنه يوافق أبا بكر في رأيه . ولقد أثر عنه أنه كان يقول لزيد وعلي: لولا رأيكما لاجتمع رأيي ورأي أبي بكر في الجد . كيف يكون ابنا لي ولا أكون أباه [2] .

وروى أنه كان رأيه مع أبي بكر أولاً ، وكان زيد بن ثابت يرى عكس رأيهما فلما تحاورا انتهت المحاورة برجوع كل منهما عن رأيه واتفقا على التشريك بينهما في الإرث .

وإما بسبب تعارض ظواهر النصوص ، مثل اختلافهم في عدة الحامل المتوفي عنها زوجها، فقال علي رضي الله عنه تعتد بأبعد الأجلين جمعاً بين الآيتين (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً [3] وآية (وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن [4] ، وقال عمر وابن مسعود تعتد بوضع الحمل عملاً بالآية الأخيرة لتأخرها في النزول .

---

(١) يوسف ـ ٣٨ وقوله سبحانه وتعالى « ملة أبيكم ابراهيم » وقوله « كما أخرج أبويكم من الجنة » .

(٢) راجع شرح السراجية ص ٢٤٩ وما بعدها .

(٣) البقرة ـ ٢٣٤ :

(٤) الطلاق ـ ٤ .

ثانياً : اختلافهم في فهم السنة كذلك مع اختلافهم في حفظها ، فإنهـا لكثرتها لم يتيسر لواحد منهم حفظها كلها خصوصاً وأنهـا لم تكن مكتوبة ، فنشأ عن ذلك أن أحدهم يفتي برأيه حيث لم يوجد عنده حديث بينما يخالفـه الآخر لوجود الحديث عنده .

ثالثاً : استعمالهم للرأي ، وهو يختلف باختلافهم ، لأنه لم يكن محدداً بنوع خاص كما نقلناه عن ابن القيم فيما تقدم .

رابعاً : قد يكون الاختلاف راجعاً إلى اختلاف الزمن وتغـير أحوال الناس كما في مسألة ضوال الإبل . فقد كانت في عهد رسول الله . وفي زمن أبي بكر وعمر لا يتعرض لها أحـد لنهى النبي عن ذلك بقوله للسائل : « مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وترعى الكلأ [1] » ، فلمـا تغيرت النفوس في زمن عثمان أمر بتعريفها فإن وجد صاحبها سلمت له . وإن لم يوجـد بيعت

---

(١) روى مسلم بسنده عن زيد بن خالد الجهني أنه قال : جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة ، فقال : أعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها قال فضالة الغنم ، قال لك أو لأخيك أو للذئب ، قال فضالة الابل قال: مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها .

وفي رواية قال : عرفها سنة ثم اعرف وكاءها وعفاصها ، ثم استنفق بها فإن جاء ربها فأدها إليه ، قال فضالة الغنم ، قال خذها فانما هي لك ولأخيك أو للذئب ـ اعرف وكاءها وعفاصها أي لتعلم صدق واصفها من كذبه . والعفاص الوعاء الذي يكون فيه اللقطة جلدا كان أو غيره . والوكاء هو الخيط الذي يشد به الوعاء . لك أو لأخيك أو للذئب . هذا ندب إلى أخذ ضالة الغنم صيانة لها عن الضياع أي لك أخذها وإن لم تأخذها أنت يأخذها الذئب .

قال النووي : فإذا أخذها وعرفها سنة وأكلها ثم جاء صاحبهـا لزمته غرامتهـا عندنا ـ وعند الحنفية : راجع صحيح مسلم القسم الأول من الجزء الثاني ص ١٢٤ وراجع أيضاً نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار جـ ٥ ص ٢٨٧ فإنه صرح بأن حديث زيد بن خالد متفق عليه .

واحتفظ بثمنا له حتى يجيء ، وفي زمن علي رضي الله عنه ما كانت تبـاع ، ولكن تبقى على ذمة صاحبها ، وتعلف من بيت المال علفاً لا يسمنها ولا يهزلها. لأنه رأي المصلحة في ذلك (١) .

ولكن دائرة الاختلاف بينهم كانت محدودة لم تتشعب كما حدث في العصور التالية لأمور :

١ — تقرر مبدأ الشورى بينهم ، فإن الشورى تقضي على الخـلاف في الغالب .

٦ — تيسر الإجماع لاجتماع كبار الصحابة وأهل الفتيا منهم في المدينـة عاصمة الخلافة ، فقد كان عمر ينهاهم عن الخروج إلى جهة أخرى إلا بإذن خاص منه .

٣ — تورعهم عن الفتيا ، وإحالة بعضهم على بعض . يقول ابن القيم (٢) : وكان السلف من الصحابة والتابعين يكرهون التسرع في الفتوى ، ويود كل واحد منهم أن يكفيه إياها غيره ، فإذا رأى أنها قد تعينت عليه بذل اجتهاده في معرفة حكمها من الكتاب والسنة ، أو قول الخلفاء الراشدين ثم أفتى .

ويروى عن عبد الرحمن بن أبي ليلى أنه قال : « أدركت عشرين ومائة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فما كان منهم محدث إلا ود أن أخاه كفاه الحديث ، ولا مفت إلا ود أن أخاه كفاه الفتيا » .

---

(١) راجع شرح الباجي على الموطأ جـ ٦ ص ١٤٢
(٢) أعلام الموقعين جـ ١ ص ٣٧ ،

٤ – قلة رواية الحديث لتحذير عمر لهم من ذلك خوف الكذب على رسول الله [١] ، كما كان يطلب ممن يروى له حديثا البينة على أنه سمعه من رسول الله .

روى البخاري [٢] بسنده، إلى عبيد بن عمير قال: استأذن أبو موسى على عمر فكأنه وجده مشغولاً ، فرجع فقال عمر . ألم أسمع صوت عبدالله بن قيس أئذنوا له ، فدعى له فقال : ما حملك على ما صنعت ، فقال إنا كنا نؤمر بهذا ، قال : فأتنى على هذا ببينة أو لأفعلن بك، فانطلق إلى مجلس من الأنصار فقالوا: لا يشهد إلا أصغرنا ، فقام أبو سعيد الخدري فقال : قد كنا نؤمر بهذا ، فقال عمر : خفي على هذا من أمر النبي صلى الله عليه وسلم ألهاني الصفق بالأسواق .

وكان أبو بكر قبله لا يقبل حديثاً من راو إلا إذا جاءه بشاهد على صدقه يروي لنا مالك [٣] بسنده إلى قبيصة بن ذؤيب أنه قال : جاءت الجدة إلى أبي بكر الصديق تسأل ميراثها ، فقال لها أبو بكر : مالك في كتاب الله شيء، وما علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً ، فارجعي حتى أسأل الناس ، فسأل الناس فقال المغيرة بن شعبة : حضرت رسول الله صلى الله عليه

---

(١) ولقد أصاب الفاروق في ذلك لأن بعض الذين رووا الأحاديث بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم اشتبه عليهم بعضها . يدل لذلك ما رواه مطرف بن عبدالله أن عمران بن حصين ، قال ، والله إن كنت لأرى أني لو شئت لحدثت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يومين متتابعين، ولكن بطأني عن ذلك أن رجالاً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعوا كما سمعت ، وشهدوا كما شهدت ، ويحدثون أحاديث ما هي كما يقولون ، وأخاف أن يشبه لي كما شبه لهم ، فأعلمك أنهم كانوا يغلطون لا أنهم كانوا يتعمدون ، تأويل مختلف الحديث لابن قتيبة ص ٤٩ .

(٢) صحيح البخاري جـ ٩ ص ١٣٣ .

(٣) الموطأ شرح الباجي جـ ٦ ص ٣٧ .

وسلم أعطاها السدس ، فقال أبو بكر : هل معك غيرك ؟ فقام محمد بن مسلمة الأنصاري فقال مثل ما قال المغيرة ، فأنفذه لها أبو بكر الصديق » . وكذلك علي من بعده كان يحلف الراوي على أنه سمع الحديث من رسول الله [1] .

وهناك أمور يجب ملاحظتها :

الأول : أن الفقه في هذه المرحلة كان واقعياً عملياً يتبع الحوادث بعد وقوعها كما كان في عصر النبوة فلم يفترضوا وقوع حوادث ثم يقدروا لها أحكامها ، كما فعل بعض الأئمة فيما بعد لضيق وقتهم عن هذا العمل ، ولغلبة الورع عليهم ، وشدة تحرزهم من الخطأ حتى كان الواحد منهم إذا جاءه مستفت أحاله على غيره .

فقد روى عن زيد بن ثابت أنه كان إذا استفتى في مسألة سأل عنها ، فإن قيل له وقعت أفتى فيها ، وإن قيل له لم تقع قال : دعوها حتى تكون .

وروى عن ابن عباس أنه قال يوماً لمولاه عكرمة : إذهب فأفت الناس وأنا لك عون فمن سألك عما يعنيه فأفته ، ومن سألك عما لا يعنيه فلا تفته فانك تطرح عن نفسك ثلثي مؤنة الناس .

---

(١) جاء في تأويل مختلف الحديث ص ٤٨ « وكان عمر شديداً على من أكثر الرواية أو أتى بخبر في الحكم لاشاهد له عليه ، وكان يأمرهم بأن يقلوا الرواية يريد بذلك ألا يتسع الناس فيها ويدخلها الشوب ويقع التدليس والكذب من المنافق والفاجر والأعرابي » .

وفي ص ٤٩ « وقال علي رضي الله عنه . كنت إذا سمعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم حديثاً نفعني الله بما شاء منه ، وإذا حدثني عنه محدث استحلفته فإن حلف لي صدقته ، وإن أبا بكر حدثني ، وصدق أبو بكر .

وراجع كذلك كتاب أبي يوسف في الرد على سير الأوزاعي والتعليقات عليه ص ٣٠ وما بعدها.

الثاني : أن الصحابة لم يتركوا فقهاً مدوناً ، بل أحكاماً وفتاوى محفوظة عنهم ، وعدم تدوينهم لها يدل على مبلغ احترامهم لحرية الرأي ، وأنه لا يلزم أحد بالتزام رأي معين قد يكون صواباً، وقد يكون خطأ ، وعبارتهم السابقة ناطقة بذلك . [1] ولئلا يشتغل الناس بتلك الفتاوى عن القرآن ، وهذا احتياط منهم كما احتاطوا بعدم جمع السنة خوف اختلاطها بالقرآن .

وإنما اقتصر التدوين والكتابة على القرآن فقط حيث جمع مرتين . إحداهما في زمن أبي بكر ، والأخرى في زمن عثمان ، وسنفصل ذلك في موضعه إن شاء الله .

الثالث : أنهم لم يكونوا في استعمال الرأي في درجة واحدة ، بل كان منهم من يتحرج في الأخذ به خشية الكذب في دين الله ، وإن الرأي مهما كان عرضة للخطأ ، والحكم به حكم بغير دليل واضح من الشرع ، وكان على رأس هذه الطائفة عبدالله بن عمر ، وزيد بن ثابت .

ومنهم من توسع فيه لكنه ينسب الخطأ إلى نفسه ــ كما سبق ــ وعلى رأس هذه الطائفة عمر ، وعلي ، وعبدالله بن مسعود .

وهذا الاختلاف في طريقة الاجتهاد كان تمهيداً لتكوين مدرستين للفقهاء عرفتا فيما بعد باسم مدرسة الحديث ومدرسة الرأي .

---

(١) يقول السرخسي في أصوله جـ ٢ ص ١٠٧ : والدليل على أن الخطأ محتمل في فتواهم . ما روى أن عمر سئل عن مسألة فأجاب ، فقال رجل . هذا هو الصواب ، فقال عمر : والله ما يدري عمر أن هذا هو الصواب أو الخطأ ولكني لم آل عن الحق » .

الرابع : أنه في هذا العصر وجدت اجتهادات تبعاً للمصلحة غيرت بعض الأحكام التي كان العمل بمقتضاها في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم خصوصاً في عهد الخليفة الثاني عمر الفاروق رضي الله عنه . كما في مسألة إيقاع الطلاق الثلاث ، وتقسيم الغنيمة ، وإسقاط سهم المؤلفة قلوبهم من الزكاة ، وهذا التغيير ليس نسخاً كما توهمه البعض [1] ، بل هو تغيير الحكم تبعاً لتغير علته ، أو زوالها ، وهو يتفق مع مبادىء الشريعة السامية التي تساير الزمن ، ولا تتخلف عن ركب الحضارة .

المرحلة الثانية : وهي عصر صغار الصحابة والتابعين « عصر الأمويين ». في هذه المرحلة جدت أحداث سياسية ، وغير سياسية كان لها أثر ظاهر في الفقه جعلته يختلف في أسلوبه عما كان عليه في المرحلة السابقة ، وهذه الأحداث نجملها فيما يأتي .

أولاً : انقسام الأمة بسبب الخلافة والأحق بها إلى طوائف [2] ثلاث :

١ — خوارج : وهم جماعة من المسلمين لم يعجبهم سياسة عثمان في خلافته ،

---

(١) جاء في كتاب أصول القانون للدكتورين السنهوري وحشمت أبي ستيت ص ١٣٦ في بحث الكلام على الشريعة الاسلامية وتأثير الفقه والقضاء في تكوينها ما نصه « إن عمر يمكن اعتبار المؤسس لمدرسة الرأي كما قدمنا ، فقد كان جريئاً في اجتهاده حتى نسخ بعض الأحكام المأثورة عن النبي عليه الصلاة والسلام لما تغيرت ظروفها ، كما فعل في حرمان المؤلفة في قلوبهم، وفي إيقاع الطلاق الثلاث » .

(٢) أما المرجئة وهم الذين اشتهروا أول الأمر بالاعتدال وعدم الغلو كمافعلت الشيعة والخوارج فهم لا يخرجون عن جمهور المسلمين الذين رضوا حكم بني أمية إذا استثنينا غلاتهم كجهم بن صفوان . لأنهم لم يكفروا أحداً بمعصية مهما بلغت تاركين أمر الفصل في ذلك لله وحده . تاريخ الاسلام للدكتور حسن ابراهيم ج ١ ص ٤١٧ .

كما لم يعجبهم قبول عليّ التحكيم ، وتولى معاوية الخلافة بالقوة ، فخرجوا على الجميع ، وجعلوا مبدأهم : أن الخليفة يجب أن يختار بانتخاب حر من المسلمين . بصرف النظر عن كونه قرشياً أو غير قرشي . عربياً كان أو غير عربي . متى كان كفؤاً ، وأن الخليفة تجب طاعته ما دام عمله في حدود القرآن والسنة فإذا خرج عن ذلك وجبت معصيته ، ولقد استعملوا العنف في سبيل تحقيق مبادئهم ، وظلوا على ذلك طوال عهد الأمويين ، وشطراً من عصر العباسيين .

٢ – شيعة : وهم الذين تشيعوا لعلي وذريته ، ورأيهم في الخلافة : أنها تقصر على علي وذريته ، لأن رسول الله أوصى بالخلافة له من بعده ، هؤلاء اختلفوا في في مسلكهم فكان منهم المعتدلون ، ومنهم المتطرفون الأمر الذي جعلهم يتنوعون إلى زيدية وامامية واسماعيلية وغيرهم مما سجلته كتب التاريخ .

٣ – جمهور معتدل : وهم أهل السنة والجماعة الذين لم يذهبوا مذهب هؤلاء ولا مذهب هؤلاء .

وكان رأيهم في الخلافة : أنها ليست وصية لأحد ، بل الخليفة ينتخب من أكفاء قريش عملاً بالحديث « الأئمة من قريش [١] كما كان رأيهم في الصحابة أنهم سواء . وأن ما صدر عنهم من الخلاف كان اجتهاداً أو تأويلاً .

وهذه الطوائف الثلاث تميزت كل واحدة منها عن غيرها بسبب اختلافهم فيما يستدل به من السنة ، فالشيعة لا يقبلون حديثاً إلا إذا كان مروياً عن آل

---

(١) وفي حديث آخر « ان هذا الأمر في قريش لا يعاديهم أحد الا كبه الله على وجهه ما أقاموا الدين » وهو يرشد الى أن المراد بالحديث الذي معنا « الأئمة من قريش » ارشاد لقريش أن تتمسك بهذا الدين وتتولى شئونه حتى يكون لها الامامة .

بيت الرسول ، والخوارج لا يقبلون إلا المروى عن رجالاتهم ، والجمهور يقبلون ما صح من الأحاديث بصرف النظر عن راويه .

ثانياً : انصراف الخلفاء الأمويين إلى السياسة ، وابتعادهم عن سيرة السلف من الخلفاء ، فأحدثوا أموراً لم تكن مشروعة في الإسلام . مما جعل العلماء ينظرون إليهم نظرة أخرى غير نظرتهم للخلفاء الراشدين .فاجتنبوهم، وحصلت الجفوة بينهم ولم يعد للشورى مكانها الأول .

فلقد أحدثوا ولاية العهد فكان الخليفة يجمع الناس في حياته ليعقد البيعة لابنه أو لأخيه إن لم يكن له ابن . ينتزع منهم بيعة صورية يكره الناس عليها بقوته وسلطانه ، ولا يترك الأمر شورى للمسلمين .

ولما في هذا الأمر من مخالفة لأصول الشريعة أباه الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز ، وأعلن في الناس أنه متنازل عن الخلافة لما آلت إليه ، فلقد دخل المسجد بعد أن تولى الخلافة مباشرة ومعه المسلمون فصعد المنبر ثم قال : « أيها الناس إني قد ابتليت بهذا الأمر عن غير رأي مني فيه ولا طلبة له ولا مشورة من المسلمين وإني قد خلعت ما في أعناقكم من بيعتي فاختاروا لأنفسكم »

فتصارع من في المسجد من المسلمين وقالوا بصوت واحد : قد اخترناك يا أمير المؤمنين .

ولما حضرته الوفاة طلب منه الناس أن يعهد بالخلافة إلى من يحب أبى وحذر المسلمين أن يقعوا فيما وقع فيه بنو أمية من الخروج على الإسلام في أصل من أصوله .

كما خالفوا حكم الإسلام في التبني الذي أبطله القرآن ، فقد استلحق معاوية زياد ابن أبيه [1] واعترف بأخوته له .

---

(١) وزياد هذا هو ابن عبيد الرومي وقبل استلحاق معاوية وفرح به مع أنه =

وفي هذا يقول سعيد بن المسيب : قاتل الله فلاناً « يريد معاوية » كان أول من غير قضاء رسول الله وقد قال : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » .

ومعنى الحديث . الولد للفراش ، أي لصاحب الفراش ، أي لمن كانت المرأة فراشاً له ، وللعاهر أي للزاني الحجر ، والمراد به الحرمان والخيبة ، والمعنى ليس للزاني شيء في الولد ، والعرب تقول : له الحجر وبفيه التراب ، ويريدون . ليس له إلا الخيبة ، وقيل كني بالحجر عن الرجم بالحجارة إذا زنى [١] .

وأكثر من هذا أن بعضهم كان يعمل برأيه ، فإذا ما روى له ما يخالفه من السنة تمسك برأيه .

يقول الإمام الشافعي في رسالته ص ٥٤٦ ، أخبرنا مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار « أن معاوية بن أبي سفيان باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها، فقال له أبو الدرداء : سمعت رسول الله ينهي عن مثل هذا : فقال معاوية : ما أري بهذا بأساً ، فقال أبو الدرداء : من يعذرني من معاوية ! أخبره عن رسول الله ويخبرني عن رأيه ؟! لا أساكنك بأرض [٢] .

ويعلق على ذلك الشافعي فيقول :

= يعرف نسبه . فعل ذلك والرسول يقول في شأن التبني « من ادعى لغير أبيه فليتبوأ مقعده من النار » ويقول « من رغب عن أبيه فهو كفر » رواهما الشيخان .

(١) راجع نيل الأوطار جـ ٦ ص ٢٣٧ ، وشرح السندي لسنن ابن ماجه جـ ١ ص ٦١٩.

(٢) السقاية الإناء الذي يشرب فيه . من يعذرني : أي من يقوم بعذري إن كافأته على سوء صنيعه فلا يلومني .

وهذا الأثر رواه النسائي في سننه . ثم إن هذه القصة وقعت لمعاوية مع صحابي آخر هو عبادة بن الصامت في خلافة عمر بن الخطاب كما رواه ابن ماجه في سننه جـ ١ ص ٧ وأن عمر لما علم بذلك كتب إليه « لا إمرة لك على عبادة واحمل الناس على ما قال فإنه الأمر » ، راجع تعليقات الشيخ أحمد شاكر على الرسالة .

فرأى أبو الدرداء الحجة تقوم على معاوية بخبره ، ولما لم ير ذلك معاوية فارق أبو الدرداء الأرض التي هو بها إعظاماً لأن ترك خبر ثقه عن النبي .

ومن ذلك تصرفات معاوية في أموال المسلمين فقد أنفقها على غير سنن الخلفاء الراشدين أنفق الكثير منها لمصلحته الخاصة ، فكان يشتري ضمائر كثير من أهل الكوفة والبصرة ليفسدهم على عليّ ، واستمر على ذلك حتى بعد أن استقام له الأمر ليجمع الناس حول عرشه .

ثم أحدث مظاهر الترف التي لم يسبق بها فبنى لنفسه قصراً فخماً سخر فيه آلاف العمال لنقل الأحجار والرمال .

فقال له أبو ذر الغفاري في صراحة : « إن كانت هذه الأموال التي تشيد بها قصرك من أموال المسلمين فهي الخيانة وأن كانت من أموالك فهو الترف والإسراف » .

وكلمه مرة أخرى بشأن المال في خلافة عثمان فقال له : إن أموال الفيء من حقوق المسلمين جميعاً ، وليس لك أن تختزن منها شيئاً ، ولكنك خالفت الرسول وأبا بكر وعمر وكنزتها لك ولبني أمية ، لقد أغنيت الغني وأفقرت الفقير) .

وفي مناسبة أخرى يقول : (لقد حدثت أعمال ما أعرفها والله ما هي في كتاب الله ولا في سنة نبيه ، والله إني لأرى حقاً يخبو وباطلا يحيا وشرعاً بغير تقي) .

ولقد استباحوا حرم المدينة ومكة مع أن الله حرم مكة في كتابه ، ورسوله حرم المدينة ، فبدأ يزيد بن معاوية فاستباح المدينة ثلاثة أيام .

وجاء من بعده عبدالملك بن مروان فأذن للحجاج في أن يستبيح مكة ففعل

وليس معنى هذا أن كل خلفاء بني أمية كانوا يفعلون ذلك ، وإنما معناه أن ذلك كان طابعهم العام خصوصاً في أول عهدهم ، وإلا فقد أثر عن عمر بن العزيز خلاف ذلك ، فما كان يرى حرجاً في ترك قضائه ورأيه إذا ظهر أنه يخالف قضاء رسول الله =

فيها كل ما سولت له نفسه من إجرام لتخضع تلك البلاد المقدسة لبني أمية .

ولا تنس ما فعله ابن زياد عن أمر يزيد بن معاوية من قتل الحسين وأبنائه وإخوته وسبى بنات النبي صلى الله عليه وسلم .

ثالثاً : تفرق علماء المسلمين في الأمصار الأخرى بعد أن كان عمر يمنعهم من الخروج من المدينة ، ليسهل التشاور في أمر المسلمين ، وهذا التفرق مدعاة للاختلاف وتشعب الاجتهادات ، لأن كل واحد يفتي بما يراه بعد اجتهاده من غير أن يلقى أخاه ويناقشه رأيه .

وإذا كان كل أقليم له عرفه وعاداته ، فالفقيه يتأثر في اجتهاده بالبيئة التي يعيش فيها ، فيفتي بما يلائم أحوالها ، كذلك القاضي ، فاختلفت أحكام القضاء ، حيث كانت القضية الواحدة ترفع في وقت واحد إلى قاضيين في مكانين مختلفين فيحكم فيها بحكمين مختلفين تبعاً لاختلاف الاجتهاد الأمر الذى تنبه له بعض[1]

= يقول الشافعي في رسالته ص ٤٤٨ : أخبرنا من لا أتهم عن ابن أبي ذئب عن مخلد ابن خفاف قال : « ابتعت غلاماً فاستغللته « ثم ظهرت منه على عيب فخاصمت فيه إلى عمر بن عبد العزيز ، فقضى لي برده وقضى علي برد غلته . فأتيت عروة فأخبرته فقال : أروح إليه العشية فأخبره أن عائشة أخبرتني أن رسول الله . قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان . فعجلت إلى عمر فأخبرته ما أخبرني عروة عن عائشة عن النبي ، فقال عمر فما أيسر على من قضاء قضيته الله يعلم أني لم أرد به إلا الحق فبلغني فيه سنة عن رسول الله ، فارد قضاء عمر ، وأنفذ سنة رسول الله ، فراح اليه عروة فقضى لي أن آخذ الخراج من الذي قضى علي له » .

كما يروي لنا الشافعي أيضاً في ص ٤٥٠ من رسالته فيقول : اخبرني من لا اتهم من اهل المدينة عن ابن ابي ذئب قال : قال : قضى سعد بن ابراهيم (وهو قاضي المدينة وجده عبد الرحمن بن عوف) على رجل بقضية براي ربيعة بن عبد الرحمن « ربيعة الراي » فاخبرته عن النبي بخلاف ما قضى به ، فقال سعد لربيعة : هذا ابن ابي ذئب ، وهو عندي ثقة يخبرني عن النبي بخلاف ما قضيت به فقال ربيعة : قد اجتهدت ومضي حكمك ، فقال سعد : واعجبا انفذ قضاء سعد ابن ام سعد وارد قضاء رسول الله ؟ » بل أرد قضاء سعد بن أم سعد وانفذ قضاء رسول الله : فدعا سعد بكتاب القضية فشقه وقضى للمقضى عليه .

(١) هو عبدالله بن المقفع الذي كتب كتاباً الى المنصور يبين له مساوىء الاختلاف في الاجتهاد في القضاء ، ويشير بان يجمع الناس على رأي واحد ، ويلزمهم العمل به دون غيره .

المفكرين في عهد العباسيين فأشار على أحد خلفائها بجمع الناس على رأي معين، وإلزامهم به، ومن هنا جاءت محاولة المنصور العباسي مع الإمام مالك بن أنس، ومن بعده هارون الرشيد .

رابعاً : شيوع رواية الأحاديث لما دفعتهم الحاجة إلى البحث عن الحديث وتتبع كثرة التحدث عن رسول الله ظهور الوضاعين للحديث . فألفوا المقالات وصاغوها على هيئة أحاديث نسبوها إلى الرسول تحقيقاً لرغبتهم في إفساد الدين، وهذا من غير شك يتعب الفقيه، لأنه مضطر أولا إلى البحث عن صحة الحديث قبل الاستدلال به .

خامسا : اتجاه الجمهور المعتدل في مسلكهم الفقهي إلى ناحيتين . الوقوف عند النصوص، والتوسع في استعمال الرأي والاجتهاد فتفرقوا فرقتين

فرقة وقفت عند النصوص، فتوقفوا عن الإفتاء إذا لم يجدوا نصاً آخذين بظاهر قوله تعالى (ولا تقف ما ليس لك به علم [1]) فسموا لذلك بأهل الحديث .

وفرقة أخرى رأت أن أحكام الله معللة بعلل وشرعت لغايات، فتتبعت علل الأحكام وتوسعت في استعمال الرأي، مستندين إلى فعل كبار الصحابة، فسموا لذلك بأهل الرأي، وكان مركز الفريق الأول المدينة بالحجاز، ومركز الفريق الثاني الكوفة بالعراق، ولقد كان الفقه في مدرسة الحديث واقعياً، فلم يفرضوا المسائل ويقدروا لها أحكامها .

وفي مدرسة الرأي كان واقعياً أول الأمر، ثم اتجه إلى الفرض والتقدير لما

---

(١) الاسراء : ٢٦ .

وضعوا الضوابط والقواعد ليفرعوا عليها، فما وقع من الحوادث أعطوه حكمه، وما لم يقع فرضوه وأعطوه من الأحكام ما يتفق مع هذه الضوابط .

ولقد شاع في مناقشتهم . أن يقولوا في فروضهم : أرأيت لو كان كــذا وكذا . حتى سماهم خصومهم بالأرأيتيين » .

والسبب في اختلاف المدرستين . أن الحياة في الحجاز سهلة لبداوتها ، ومـا يجد فيها من الحوادث قليل ، والأحاديث موفورة ، وفتـاوى أبي بكر وعمر كذلك ، فلم يكن هناك ما يدعوهم إلى استعمال الرأي إلا في القليل النادر وأما العراق فبلد فيه حياة جديدة . ومدنيات مختلفة . والحوادث كثـيرة ، والأحاديث لم تكن بالكثرة التي في المدينة ، وتشدد العلمـاء في شروط قبول الحديث بسبب ظهور الوضاعين للحديث هناك كل ذلك جعلهم يتوسعون في استعمال الرأي .

تلك هي أهم الأحداث التي حدثت في هذه المرحلة ، ومنهـا اتسعت دائرة الخلاف مما يتعذر معه الإجماع إلا ما كان عن طريق المصادفة .

وقد انقضت هذه المرحلة ولم يدون فيها شيء من السنة أو الفقه ، ولم تتكون فيها مذاهب معينة ، فهي تشبه المرحلة السابقة من هذه الناحية ، وتخالفها من ناحية كثرة الاختلاف ، وتشعب الآراء .

المرحلة الثالثة : وهي تبدأ من أواخر عصر الأمويـين وتنتهي في منتصف القرن الرابع الهجري تقريبـاً حين ضعفت الدولة العباسية ، وانقسمت إلى دويلات صغيرة تابعة للخلافة إسماً فقط .

في هذه المرحلة نشط الفقه نشاطاً عظيماً ، واتسعت دائرته ، وأصبح علماً

قائماً بنفسه بعد أن كان مقصوراً على الإفتاء والقضاء ، ووجدت طائفة من العلماء تخصصت فيه ، ووقفت حياتها عليه .

وتعتبر هذه المرحلة - بحق - مرحلة ازدهار الفقه الإسلامي ، ونمائه لأسباب عديدة منها .

أولا ـ عناية الخلفاء العباسيين بالفقه والفقهاء :

لأن دولتهم قامت باسم الدين لإرجاع الخلافة إلى آل بيت الرسول . فصبغت بصبغة الدين وإن كان هذا في ظاهر الأمر ، لذلك شجعت العلماء وقربتهم .

فالمنصور يحاول تقريب الإمام مالك إليه ، ويشير عليه بأن يجعل كتابه الموطأ دستوراً للدولة تسير عليه ، ويترك الناس ما عداه ، وقيل : إنه هو الذي أمره [1] بوضع هذا الكتاب ، فلما انتهى منه شاوره في أن يجعله دستوراً للدولة [2] .

والمهدي يفعل مع قضاته ما يزيدهم رفعة ، من ذلك ما روى أن شريكا

---

(١) فقد روى أنه طلب منه أن يؤلف كتاباً يتجنب فيه شدائد عبد الله بن عمر ورخص عبد الله بن عباس ، وشواذ عبد الله بن مسعود ، وأن يوطئه للناس توطيئاً .

(٢) كما حاول مع أبي حنيفة أن يوليه القضاء ولكنه أبى كما يأتي في ترجمة أبي حنيفة وكذلك حاول مع سفيان الثوري مثل ذلك وكتب له كتاباً بتوليه القضاء على ألا يتعرض له أحد من الولاة في قضائه فأخذ الكتاب ومزقه ورماه في نهر دجلة واختفى .

ولقد كتب المنصور يوماً الى أبي عبد الله جعفر الصادق . فقال له : لم لا تغشانا كما يغشانا الناس ؟ فأجابه أبو عبد الله : ليس لنا من الدنيا ما نخافك عليه ، ولا عندك من الاخرة ما نرجوك له ، ولا أنت في نعمة فنهنئك بها . ولا نعدها نقمة فنعزيك فيها ، فرد عليه المنصور بقوله : تصحبنا لتنصحنا ، فأجابه أبو عبد الله ، من يطلب الدنيا لا ينصحك ، ومن يطلب الاخرة لا يصحبك .

« القاضي » دخل عليه ، فقال الخليفة للخادم : هات عود القاضي يعني البخور إكراماً لقاضيه ، فجاء الخادم بعود يضرب به ، لأنه لم يدرك غرض الخليفة ، ووضعه في حجر شريك ، فقال ما هذا ؟ فبادر المهدي (وقال : هـــذا عود أخذه صاحب العسس البارحة فأحببت أن يكون كسره على يديك . فدعا له وكسره [1] .

وهارون الرشيد يكرر محاولة تقريب الإمام مالك إليـه ، ثم يقرب أبا يوسف صاحب أبي حنيفة ، ويكل إليه أمر القضاء والقضاة ، ويطلب منـه وضع كتاب في نظام الإسلام للأموال وجبايتها ، ليكون دستوراً للدولة تسير عليه في هذا الباب ، فيستجيب أبو يوسف ويؤلف كتاب الخراج ، ومرة أخرى يرسل ولديه الأمين والمأمون لسماع موطأ الإمام مالـك منـه في المسجد مـع عامة الناس .

والمأمون من بعده يفتح بابه للعلماء ، ويعقـد بينهم المناظرات في مجلسه ، ويشجع المتفوقين منهم .

فهذا التشجيع وتلك العناية تبعها إطلاق الحرية للفقهاء في اجتهادهم، فاجتهد كل فقيه حسب الطريقة التي رسمها لنفسه ، ومن هنا تعددت الآراء في المسألـة الواحدة، كما أن القضاة لم يقيدوا بالقضاء برأي معين فاتسع المجال أمامهم حتى أخذت القضية الواحدة أكثر من حكم حينما تعرض على قضاة مختلفـين في وقت واحد في بلدان مختلفة ، وهذه الأقضية وتلك الآراء تدخـل في دائرة الفقـه فتزيدها اتساعاً .

ومن مظاهر هذه الحرية أن القاضي كان يحكم على الخليفة حينما يختصمـه شخص من عامة الناس ، ويجد الحق في جانب خصمه ، فيخضع الخليفة لهذا

(١) تاريخ القضاء ص ١٢٢ .

الحكم ثم ينفذه ، كما روى عن أبي يوسف أنه قضى على هارون الرشيد في خصومة له مع نصراني .

ومما ينبغي ملاحظته هنا : أن حرية الاجتهاد ظلت مكفولة من الخلفاء ما دامت بعيدة عن مسائل الخلافة والسياسة ، فإذا مستها من قريب أو بعيد كان المنع ، بل كان الضرب والتعذيب ، كما حدث للإمام مالك لما أفتى بعدم وقوع طلاق المكره ، وقد كان الخلفاء العباسيون حينما يأخذون البيعة يحلفون الناس بالطلاق على عدم نقضها .

ثانياً :اتساع الدولة الاسلامية : مما أدى إلى وجود خليط من العادت والتقاليد ، وكثرة الأحداث التي تتطلب أحكاماً شرعية ، وحرص المسلمين في كل مكان على أن تكون أفعالهم وتصرفاتهم مطبوعة بالطابع الإسلامي موافقة لمبادىء الشريعة وأحكامها هذا الحرص جعلهم يرجعون إلى الفقهاء يستفتونهم في كل ما يعن لهم ، والفقهاء من جانبهم حريصون على القيام بواجبهم ،فما ردوا سائلا بدون جواب .

وقد تبع اتساع الدولة الإسلامية وترامي أطرافها أن تعددت مراكز الفقه فيها . ففي الحجاز نجد المدينة بفقهائها ، ومكة بعلمائها الذين استوطنوها أو وفدوا إليها في مواسم الحج ، وفي العراق مقر الخلافة اشتهرت الكوفة والبصرة ومن بعدهما بغداد بكثرة الفقهاء ، كما نجد فقهاء آخرين عاشوا في دمشق الشام، أو فسطاط مصر، وقد ورث هؤلاء وهؤلاء علم أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الذين رحلوا إلى تلك البلدان ، كما أخذوا عنهم ما عندهم من الأحاديث فكان لكل مركز من تلك المراكز فقهه الذي يختلف عن فقه الآخرين من بعض الوجوه مما جعل نفوس الفقهاء تتطلع إلى ما عند غيرهم من علم وفقه ، فجاءت الرحلات العلمية التي قام بها بعض الفقهاء . كرحلة محمد بن الحسن تلميذ أبي

حنيفة إلى المدينة ، وتلقيه فقه الإمام مالك عنه وروايته كتابه الموطأ ، ورحلة الإمام الشافعي من الحجاز إلى العراق ، وبالعكس ، ومن العراق إلى مصر ، ورحلة الكثير من تلاميذ الإمام مالك إليه في مدينة الرسول.

ولا شك في أن هذه الرحلات أفادت الفقه كثيراً،فزادت في نشره،وقربت بين المذاهب المختلفة ، بل ومزجت بينها في بعض الأحيان ، كما فعل الإمام الشافعي في فقه الحجازيين والعراقيين .

ثالثاً - شيوع الجدل والمناظرات بين الفقهاء

لما تعددت المذاهب وتكونت رغب أصحاب كل مذهب في معرفة ما في المذاهب الأخرى كي يقارنه بما عنده ليتبين له إن كان على صواب أم خطأ ، فإذا التقى فقيهان في مجلس سأل أحدهما الآخر عما عنده في مسألة معينة ، فإذا أجابه بما يخالف ما وصل إليه باجتهاده ناقشه رأيه ويطول الأخذ والرد بينهما حتى يسلم أحدهما للآخر أو يتمسك كل برأيه إذا لم يقتنع بما يقوله الآخر .

وهكذا نشأت المناظرات بين الفقهاء مع تكوين المذاهب ، ثم تطورت وزادت حتى عمت المجالس كلها . ففي المساجد ، وحلقات الدرس ، ومجالس الخلفاء . وأماكن العزاء كانت تعقد المناظرات ، ويحتدم الجدل بين أتباع المذاهب كل يدلي بما يؤيد مذهبه ، وقد تستمر المناظرة الواحدة أياماً عديدة يحاول كل طرف من المتناظرين ترجيح مذهبه ، فيفتش عن الأدلة التي تساعده .

وهذه المناظرات— كما ترى —لا تخلو من فائده أقلها تمحيص الرأي والكشف عن الأدلة نتيجة التعمق في البحث . ولم يقتصر الأمر على المناظرة الشفوية ، بل تعداها إلى المناظرة بالمكاتبة ، كما وقع بين الإمام مالك وبين الإمام الليث بن سعد ، فقد تناظرا في حجية إجماع أهل المدينة .

رابعاً : ترجمة العلوم الأجنبية

لما فتحت البلدان المختلفة دخل سكانها من غـــير العرب في الإسلام . وهم أصحاب ثقافات عديدة لا عهد للعرب بها رغب المسلمون في تعرف ما عنـــد هؤلاء من ثقافات ، فترجمت العلوم إلى العربية ، ووقف الفقهاء على الكثير ممـا فيها ، فتأثروا بها ، وبخاصة المنطق والفلسفة ، لكن هذا التأثر لم يكن في أصل الاستنباط ، وإنما كان في طريقة الاستدلال على المسائل ، وترتيبه على مقدمات توصل إلى نتائجها . وأكثر ما كان ذلك في المناظرات .

خامساً : التدوين

لم يعن أحد بتدوين العلوم في العصور السابقة على هذا العصر ، فلم يدون غير القرآن الذي كتب في صحف متفرقة في عهد الرسول ، ثم جمعت هذه الصحف بعد إعادة كتابتها وكون منها مصحف في خلافة أبي بكر .ثم جمع المصحف مرة أخرى ووحد في عهد عثمان،أما غير القرآن من السنة والاجتهادات التي وجدت فلم يدون منها شيء يذكر قبل هذه المرحلة . وإن وجد فهو محاولات فردية لم تلبث أن ضاعت مع الزمن .

أما عصرنا هذا الذي نتكلم عنه فقد كان للتدوين فيه شأن كبير ، فدونت السنة ، وهي المصدر الثاني للفقه بعد القرآن ، كما وضع علم أصول الفقه ، وهو عبارة عن قواعد الاستنباط التي يسير عليها المجتهدون،وترتيب الأدلة والشروط الواجب توافرها في المجتهد ، كما دون الفقه نفسه ، فبعض الأئمة دون مذهبه بنفسه قبل وفاته . ومن مات ولم يترك وراءه مذهباً مدوناً دونه تلاميذه من بعده ، كما حصل في مذهب أبي حنيفة [١] .

---

(١) وسيأتي زيادة بيان لذلك في البحث الخاص بتدوين الفقه .

ولا ينكر ما لهذا التدوين من أثر في ازدهار الفقه والعمل على نشره وذيوعه فقد ذلل الصعاب أمام الفقيه . فبعد أن كان يبحث عن الحديث ويتلقفه من ألسنة الرواة أضحى يجده أمامه ، كما أصبحت قواعد الاستنباط ميسرة له ، ولكن معظم الفقهاء بعد هذه المرحلة لم ينتفعوا بهذا التيسير ، فساروا في طريق آخر ، طريق التقليد فحبسوا أنفسهم في دوائر المذاهب لم يخرجوا عنها إلا في القليل النادر ، كما سيأتي بيانه .

الفقه التقديري :

وإذا كان الفقهاء في عصري الخلفاء الراشدين والأمويين قد ساروا مع الواقع في اجتهاداتهم ، ولم يبحثوا عن غيره ، ولم يتركوا لنا فقها مدوناً ، كما لم توجد عندهم تجمعات عند رأي معين ، ولا التفاف حول صاحبه ، فإن فقهاء هذه المرحلة خلفوا لنا فقهاً مدوناً يتمثل في مذاهب متعددة التف حولها الأتباع يقلدونها ويعملون بها ، فقهاً لم يقف عند أحكام ما وقع من أحداث ،بل تخطاها إلى عالم الفرض والتقدير ، فرض الحوادث وتقدير وقوعها . واستنباط أحكام تلائمها استعداداً للبلاء قبل نزوله ، كما يقول أبو حنيفة، إنا نستعد للبلاء قبل نزوله فإذا وقع عرفنا الدخول فيه والخروج منه .

وكان هذا نتيجة حتمية لتخصص الفقهاء لفقههم وجمع التلاميذ حولهم يسألونهم وهم يجيبون ، والتوسع في استعمال الرأي . وكثرة الجدل والمناظرة بين الفقهاء ، وأخيراً كثرة الاستفسارات عن المسائل الغربية التي تفنن فيها الداخلون في الإسلام من غير العرب . وبخاصة العراق .

وأول من عنى بهذا النوع من الفقه الإمام أبو حنيفة الذي برع في علم الكلام وما يقوم عليه من جدل ، وتوجيه السؤال تلو السؤال قبل أن يكون فقيهاً فلما

تفقه وصار إماماً ، والتف حوله التلاميذ يأخذون عنه الفقه كون من هؤلاء مجلس شورى يطرح عليهم المسائل ، ويناقشهم فيها ، ثم تقلب المسألة على جميع وجوهها وتقدر لها الأحكام المناسبة لها .

وكان طابع العراقيين عامة في السؤال أن الواحد منهم لا يكتفي بسؤال ، فإذا سأل عن مسأله وأجيب عنها أردف ذلك بسؤال عن وجه آخر في مسألته فيقول : أرأيت إن كان كذا ، ثم أرأيت وأرأيت سلسلة من الأسئلة متشابكة في مسألة واحدة تقلب على وجوهها ، وقد تلد السلسلة سلسلة أخرى ، كما روى عن الإمام مالك أنه قال يوماً لتلميذه أسد بن الفرات – لما أكثر من هذه الأسئلة – هذه سليسلة بنت سليسلة ، إن أردت هذا فعليك بالعراق [1] .

ولما وجد أبو حنيفة شغف الناس في بلده بهذا النوع من الأسئلة ، ووجد من نفسه قدرة على استخراج الكثير من الأحكام بمعونة التلاميذ وفر على الناس جهدهم وقام بفرض المسائل وتقدير أحكامها ، ثم تبعهم في ذلك فقهاء الشافعية والمالكية فيما بعد ، ولكن عملهم هذا كان عملاً تقليدياً محضاً ، فتغالوا في فروضهم حتى فرضوا النادر الوقوع ، بل المستحيل الذي لا يقع .

مصادر الفقه في هذه المرحلة :

كان الفقهاء . في هذا العصر يرجعون في الاستنباط إلى كتاب الله وسنة رسوله بعد أن وضع كل فقيه الشروط لما يأخذ به السنة ، وإلى أقوال الصحابة المتفق عليه منها والمختلف فيه ، والرأي الذي فصل إلى أنواع من قياس واستحسان واستصلاح وسد الذرائع ، وأخيراً إلى العرف الذي تجلى واضحاً في هذا العصر لوجود أعراف كثيرة ظهرت نتيجة اتساع الدولة الإسلامية .

---

(١) فجر الاسلام ص٢٩٧ .

الدور الثالث : دور التنظيم ثم الوقوف عن التقدم

لما تكونت المذاهب في الدور السابق ، وتميزت عن بعضها ، وجـــد لكل مذهب اتباع يقلدونـــه . ونتج عن ذلك أن ركدت حالة الاجتهاد المطلق ، وأخلد الراغبون في الفقه إلى الوقوف عند هذه المذاهب ، عكفوا عليهـــا ، واشتغلوا بها ، وانتصروا لها بدعوة الناس إلى الانتساب إليها والعمل بهـــا ، فألفوا كتباً في مناقب الأئمة ، وأصدروا فتاوى تمنع انتقال المقلد من مـذهب إلى غيره .

وبهذا زادت المنافسة بين أتباع تلك المذاهب ، وانصرف الناس عن مصادر الشريعة الأولى ، كتاب الله . وسنة رسوله ، واشتغلوا بتفهم كلام الأئمة ، وما خلفوه من فتاوى ، والتفريع على أصولهم وقواعدهم ، حتى أصبحت الشريعة في نظرهم هي أقوال أولئك الفقهاء ، وما أثر عنهم .

أسباب التقليد :

ويرجع انصراف الفقهاء عن الاجتهاد إلى التقليد إلى أمور .

الأول : أنهم وجدوا مذاهب مدونة كاملة فيها أحكام ماجد من الحوادث وما يمكن أن يحدث منها ، والنفوس بطبيعتها ميالة إلى الراحة .

الثاني : ضعف الدولة العباسيه ، وانقسامها إلى دويـــلات صغيرة ، ففي الأندلس دولة للأمويين ، وفي مصر أخرى للاخشيديين ، وفي شمال أفريقيـة

ثالثة للفاطميين . هذا عدا ما وجد في العراق نفسها مقر خلافة العباسيين من دول بني بويه والسلاجقة وغيرهما ، والدولة - كما قدمنا - كانت تشجع العلماء وتقربهم وبعد هذا الانحلال لا تشجيع ولا تقريب ، فتكون النتيجة لذلك فتور الهمم ، والوقوف عندما ورثوه عن أسلافهم .

الثالث : أن الولاة والقضاة في هذا العصر كانوا يختارون من المقلدين لمذهب معين لإلزامهم بالحكم به بعد أن كانوا قبل ذلك يختارون من المجتهدين فالتزم بعض الراغبين في القضاء المذهب المتبع في الدولة كي يصل إلى مأربه .

الرابع : أنهم وجدوا بعض من لم يتأهل للاجتهاد يدعيه ، ويفتي الناس برأيه ، فعمدوا إلى سد الطريق أمامهم ، فنادوا بقفل باب الاجتهاد ، وادعوا الاجماع على ذلك منعاً لأولئك المدعين وأمثالهم من أن يضلوا عباد الله باسم اجتهادهم المزعوم [1] .

ومما يؤسف له أن هذا العمل - مع أنه لم يحقق غرضهم منه - جر على

(١) جاء في خطط القريزي ما ملخصه : إن القضاة في صدر الإسلام كانوا يولون من المجتهدين دون أن يلزموا بالقضاء برأي معين إلى أن تولى أبو يوسف وظيفة قاضي القضاة ، فما كان يشير إلا بتولية حنفي غالباً ، ومن هنا بدأ تولى أتباع المذاهب القضاء ، وقد استمرت هذه الحالة إلى أواخر القرن الرابع الهجري حيث ضعفت الخلافة العباسية في هذا العصر ، وساد الفساد ولم يقتصر على حالة الدولة المدنية والحربية ،بل تعدى ذلك إلى القضاء أيضاً تولاه من لا يوثق به ومن ليس أهلاً لهذا المنصب الخطير ، ومن ثم بدأت تشيع الفوضى في الفقه،واختلفت الأحكام في الأقضية المتشابهة في البلد الواحد مع أنها تستند إلى شريعة واحدة ، وكان من جراء ذلك أن فزع رجال العلم من هذه الحالة التي وصل إليها الفقه ولم يجدوا مناصاً من الحكم - أواخر القرن الرابع الهجري - باقفال باب الاجتهاد وتقييد القضاء والافتاء برأي الأئمة السابقين . وبهذا أصبح الفقهاء والقضاة مقلدين لا مجتهدين . ومنذ ذلك التاريخ اقتصر الفقهاء عل تقليد أئمة المذاهب الأربعة وانصرفوا عن البحث في مصادر الأحكام الشرعية واستنباط الأحكام منها .

الفقه ويلات وويلات ، فبسببه وقف الفقه عن التقدم ، وفتح ثغرة لأعداء هذا الدين ينفذون منها للطعن فيه بالجمود وعدم مسايرته للزمن .

تدرج التقليد

وينبغي هنا ملاحظة أن هذا التقليد لم يحصل دفعة واحدة، وإنما جاء تدريجياً مع الزمن، وسار مع الدولة التي كان لها الفضل في ازدهار هذا الفقه ، فلما ضعفت وانقسمت إلى دويلات صغيرة ترك الفقهاء الاجتهاد المطلق، وقلدوا أئمتهم ، بيد أنهم لم يتركوا الاجتهاد بالكلية ، بل اجتهدوا في حدود المذاهب التي اعتنقوها، ولما دالت تلك الدولة وقضى عليها نهائياً باستيلاء المغول على عاصمتها « بغداد » امتدت جذور التقليد [1] في نفوس الفقهاء حتى تركوا كل ألوان الاجتهاد، ولم يبق عندهم منه إلا ما أثر عن بعضهم من شيء من التميز بين الأقوال وبيان قويها من ضعيفها ، وشغلوا أنفسهم بتأليف الكتب واختصار ما خلفه لهم الفقهاء السابقون وتباروا في هذا الاختصار حتى غدت تلك الكتب ألغازاً أو ما يقرب من الألغاز ، فكان عملهم هذا عاملاً من عوامل تأخر الفقه .

ولقد حدد المؤرخون للفقه الإسلامي حداً زمنياً يفصل بين الفترتين ، هو سقوط بغداد في أيدي التتر على يد قائدهم هولاكو لما دخلها ، وقتل المعتصم

---

(١) التقليد هو الأخذ بقول الغير دون بحث في الدليل الذي اعتمد عليه في قوله .

والتقليد يحرم على من تأهل للاجتهاد وجائز بل واجب على من لم يتأهل له لقوله تعالى « فاسئلوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون » فهذه الآية أوجبت على من لم يعلم شيئاً أن يسأل عنه من يعلمه. ومنها انقسم الناس إلى عالم وجاهل .

وقد كان كثير من أصحاب رسول الله يسألون أهل الفتيا منهم ولم ينكر عليهم أحد في ذلك فكان إجماعاً منهم ، والتقليد في حد ذاته ليس ممنوعاً ، وإنما الممنوع أن يلتزم شخص مذهباً معيناً لا يخرج عنه في شيء كما أفتى بـه المتأخرون تعصباً لمذاهبهم ودعوة الناس إليها . لأن ذلك قفل باب الرحمة الذي جعله الله لهذه الأمة باختلاف المجتهدين فيها الذي أشار إليه رسول الله بقوله « اختلاف أمتي رحمة » .

بالله آخر الخلفاء العباسيين في سنة ٦٥٦ هـ ، فتكون فترة الاجتهاد في المذاهب ثلاثة قرون تقريباً ، تبدأ من منتصف القرن الرابع ، وتنتهي في منتصف القرن السابع ، تجيء بعدها فترة الجمود والتأخر ، وتستمر حتى أواخر القرن الثالث عشر .

ومن هنا انقسم هذا الدور إلى فترتين ، إحداهما فيها اجتهاد ، والثانية خالية منه فقد قام الفقهاء في أولاهما بعمل جليل مكمل لمذاهب الأئمة السابقين فقاموا .

أولا : بتعليل الأحكام المنقولة عن أئمتهم وضبطها ، حتى يتمكنوا من التفريع عليها .

ثانياً : استخلصت كل جماعة قواعد إمامها مما نقل عنه من الفروع ، وبهذا تمت قواعد علم الأصول ، وهو عمل جليل لولا ما صاحبه من التعصب الذي جعل هذه الأصول تلتوي أحياناً ، وتجانب الإنصاف أحياناً أخرى .

وتبع تدوين علم أصول الفقه تدوين علم آخر يشبه علم أصول الفقه إلى حد ما وهو (علم الخلاف) وأول من أخرج هذا العلم وأسس قواعده الإمام أبو زيد الدبوسي المتوفي سنة ٤٣٢ هـ .

ثالثاً : قاموا بالترجيح بين الآراء المختلفة في المذهب الواحد ، وذلك لأن الإمام كان يرى رأياً فيأخذه عنه تلاميذه ، ثم يرجع عنه إلى غيره ، فيعيه بعض التلاميذ دون الآخرين ، فلما نقلت هذه الآراء بحثها الأتباع ، ورجحوا بعضها على ضوء الأدلة .

هذا مجمل ما قام به الفقهاء في تلك الفترة ، وهو عمل محصور في دائرة المذاهب بيد أنه كان لهم عمل آخر تعدى حدود المذاهب ، وهو المناظرات بين

أتباع المذاهب المختلفة ، مناظرات لم يقصد بها في أغلب الأحيان إلا الانتصار للمذهب وإظهار الغلب على الخصوم ، لكنها على كل حال لم تخل من فائدة ، فقد كانت أحياناً توصل إلى تقييد قول مطلق ، أو تخصيص عام مع أنها كانت باعثة للهمم على البحث والتقصي عن علل وأدلة يؤيد بها المتناظرون أقوالهم ، وقد كان لهذا أثره في كتب الفقه المؤلفة في هذا الدور ، فإنها كثيراً ما تعرض المذاهب الأخرى مع بيان أدلتها ، ولم تلبث أن انقلبت فيما بعد إلى مهاترات مذهبية لا تعرف للحق طريقاً .

وأكثر ما كانت هذه المناظرات بين الحنفية والشافعية تارة ، وبين الشافعية والحنابلة تارة أخرى ، وأما المالكية فقد كانوا أبعد الناس عن تلك المناظرات .

وفي الفترة الثانية اتجه الفقهاء وجهة أخرى ، اتجهوا نحو تأليف الكتب ، وقصروا هممهم على ذلك ، ولم يعد للتخريج والاستنباط مكان إلا في القليل النادر .

وقد كانت الكتب في أول أمرها سهلة مبسطة ، فلما فترت همم الطالبين اضطر العلماء إلى اختصارها ، ثم توالت عليها الاختصارات كلما رغب عنها الطلاب لطولها حتى غدت ألغازاً ، أو ما يشبه الألغاز ، وحينئذ عجز الراغبون في الفقه عن فهمها ، فاضطر العلماء إلى شرحها ، ثم إلى شرح ما غمض من الشروح ثم توضيح ما خفي في تلك الشروح الأخيرة ، ونتج عن ذلك أن ترك لنا هذا العصر ألواناً من الكتب مختلفة الأساليب عرفت فيما بعد بالمتون والشروح والحواشي والتقريرات والتعليقات .

ومما يؤسف له أن كثيراً من هذه الحواشي وغيرها عنيت عناية خاصة بالبحث وراء الألفاظ والتراكيب وصحتها مما أضاع المعاني المطلوبة في وسط هذه

الأبحاث اللفظية في كثير من المواضع .

ومن هذا نرى أن التقليد لم يفد الفقه الإسلامي بشيء ، بل أضر به ضرراً بالغاً ، فقد أضاع جهد رجاله الذين وقفوا حياتهم على تفهم أقوال أئمتهم . بل على تفهم عبارات صدرت عن فقهاء مثلهم ، لم يفضلوهم في شيء غير تقدم الزمن بهم ، وتركوا النظر في مصادر الشريعة الأولى . كتاب الله ، وسنة رسوله ظناً منهم أنهم لم يتأهلوا لهذا النظر ، وأن فضل الله قد ذهب به السابقون حتى لم يبق لمن جاء بعدهم منه نصيب ، فكانت ثمرات أعمالهم ما خلفوه لنا من تلك الكتب المعقدة التي تستعصى على الفهم في كثير من موضوعاتها .

ومع هذا التقليد ، وذاك التعقيد في التأليف لم يخل ذلك العصر من وجود فقهاء أو مصلحين بين آونة وأخرى يدعون المتفقهين إلى ترك التقليد ، ويحثونهم على الاجتهاد ليعود للتشريع الإسلامي مكانته الأولى ، ووجود صنف آخر من الكتب فيه بساطة وسهولة ، وإن كان قليلاً بجانب الصنف الأول .

فابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية قاما في القرن الثامن الهجري بهذه الدعوة فلقيت دعوتها معارضة شديدة من دعاة التقليد وحماته ، ورغم هذه المعارضة وقسوتها ظلت باقية إلى وقتنا هذا ، لها كثير من الأتباع والأنصار .

وفي القرن الماضي قام المصلح العالمي السيد جمال الدين الأفغاني يدعو لتحرير الفكر سياسياً ودينياً وعلمياً ، وكان له تلاميذ في كل قطر إسلامي اعتنقوا فكرته ، وعملوا على نشرها بعد وفاته سنة ١٨٩٨ م ، ومن أشهر هؤلاء التلاميذ بمصر الأستاذ الإمام محمد عبده الذي حمل حملة شديدة على الكتب عامة فقهية وغير فقهية ، والتقليد ورجاله ، والقضاء وأسلوبه ، ولعل ما نلمسه الآن من نهوض فقهي في مصر أثر من آثار تلك الصيحات التي أرسلها لتخليص الفكر من الجمود .

أما الكتب فقد ترك لنا المجددون في الفقه الإسلامي كتباً فقهية سهلة المأخذ جمة الفائدة . مثل كتاب السياسة الشرعية لابن تيمية ، وكتابي إعلام الموقعين والطرق الحكمية لابن القيم وغيرها .

كما ترك غيرهم من الفقهاء المقلدين نوعاً آخر من الكتب .

هو كتب الفتاوى التي سارت مع الحياة العملية ، وجمعت أحكام الحوادث في أسلوب سهل مفهوم مدعم بالنصوص الفقهية المأخوذ منها الحكم ، وهي مفيدة إلى حد ما رغم أنها حلول جزئية لمسائل فردية .

وهذه الكتب يجمعها أصحابها بعد أن يتوفر عندهم مجموعات كبيرة من هذه الفتاوى فيعمدون إلى تقسيمها إلى مجموعات تمثل أبواب الفقه ، ثم ترتب ، وهي في الغالب تتبع طريقة ذكر السؤال ثم الجواب عنه مع ذكر النصوص المذهبية التي منها أخذ الجواب .

ولا شك في أن هذه الطريقة سهلت معرفة كثير من الأحكام للقضاة والمفتين فيما بعد .

ولا يزال بعض هذه الكتب من أهم المراجع الفقهية إلى الآن ، كما أن منها ما هو مطبوع متداول بين طلاب الفقه وغيرهم كالفتاوى الهندية [1] والخانية

---

(١) وتسمى الفتاوى العالمكيرية . نسبة إلى الملك محمد أورنك زيب الهندي الملقب باسم « عالمكير » أي فاتح العالم الذي ملك من سنة ١٠٦٩ إلى سنة ١١١٩هـ الموافقة لسنة ١٦٥٨ - ١٧٠٧ م جمع هذا الملك فقهاء عصره من الحنفية برياسة الشيخ نظام الدين ووكل إليهم جمع الأقوال الصحيحة المعول عليها من المذهب ، ووضع تحت تصرفهم مكتبة عظيمة وأجرى عليهم النفقات ، فقاموا بعملهم خير قيام ، وجمعوا هذه الفتاوي فأصبحت مرجعاً يستغني به عن غيره ولا يستغنى بغيره عنه . وقد طبعت في مصر مرتين الأولى سنة ١٢٨٢ هـ والثانية سنة ١٣٢١هـ في ستة مجلدات كبيرة .

والبزازية [1] وثلاثتها مطبوعة في مجموعة واحـــدة . الهندية في ستة مجلدات ، والخانية على هامش الأجزاء الثلاثة الأولى ، والبزازية على هامش الأجزاء الثلاثة الأخيرة في الطبعة الثانية .

وكالفتاوى الخيرية لخـــير الدين الرملي المتوفى ١٠٨١ هـ وهو مطبوع في جزأين ، والفتاوى الزينية لابن نجيم المتوفى سنة ٩٧٠ هـ .

والفتاوى المهدية للمهدي العباسي المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ .

ومنها ما بقى مخطوطاً إلى الآن في دار الكتب المصرية ، كالفتاوى الظهيرية لظهير الدين أبي بكر المتوفى سنة ٦١٩ هـ في مجلدين ، والفتاوى التتار خانية لعالم بن علاء الغزى في خمسة مجلدات ، والفتاوى العتابية للعتابى المتوفى سنة ٥٨٦ هـ وغيرها أو في مكتبة بلدية الاسكندرية . كالفتاوى السراجية لسراج الدين الهندي المتوفى سنة ٧٧٣ هـ ، وهذه كلها في مذهب الحنفية ، ويوجـــد بالمذاهب الأخرى كتب للفتاوى كثيرة . كفتاوى [2] ابن تيمية الحنبلي المتوفى سنة ٧٢٨ هـ وهي مطبوعة في خمسة مجلدات سنة ١٣٢٨ هـ .وكالفتاوى الكبرى لابن حجر الشافعي المتوفى سنة ٩٧٤ هـ وهي مطبوعة في أربعــة مجلدات سنة ١٣٠٨ هـ ؛ وبهامشها فتاوى الرملي الشافعي المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ .

وهذا النوع من الكتب إن دل على شيء فإنما يدل على أن الفقه الإسلامي لم يقف أمام ما يجد من الحوادث حتى في عصور تأخره ، بل حاول – ما استطاع أصحابه – إيجاد الحلول وإن كان من طريق البحث فيما نقل عن الأئمة ، وما

---

(١) الخانية نسبة الى قاضي خان المتوفي سنة ٥٩٢ هـ والبزازية لابن البزاز الكردي المتوفى سنة ٨٢٧ هـ .

(٢) لهذه الفتاوى مختصر مبوب على أبواب الفقه للشيخ بـدر الـدين البـعلي الحنبلي المتوفى سنة ٧٧٧ هـ وهو مطبوع في مجلد بعنوان مختصر الفتاوى المصرية لابن تيميه .

استنبطه الفقهاء تخريجاً على قواعد أئمتهم .

مراتب الفقهاء :

وإذا كان الفقه الإسلامي قد مر بمراحل مختلفة فيها اجتهاد وتقليد ، اجتهاد مطلق في مصادر الشريعة الأولى ، واجتهاد مقيد في حدود مذاهب معينة وتقليد اختلفت فيه همم المقلدين وما قاموا به من أعمال ، فكان طبيعياً أن تختلف مراتب الفقهاء .

ومن هنا قسم المشتغلون بالفقه المذهبي الفقهاء إلى مراتب ليكون من يفتى بقولهم على علم وبصيرة بحال الفقيه الذي يفتى بقوله ومنزلته بين الفقهاء ، فلا يخلط بين الأقوال من غير تمييز بين صحيحها وسقيمها .

وفقهاء المذاهب متفقون على مبدأ التقسيم وإن اختلفوا في عدد الطبقات فبينما نجد ابن حجر الهيثمي من الشافعية يقول في تقسيمه [1] .

المجتهد إما مجتهد مطلق ، أو منتسب [2] ، أو مجتهد مذهب أو فتوى ، ثم مجتهد المذهب هم أصحاب الوجوه الذين يخرجون المسائل على أصوله ، ويستنبطونها من قواعده ويجتهدون في بعضها . إذ بنا نجد فقهاء الحنفية يجعلونها سبع طبقات يقول ابن عابدين في كتابه رد المحتار [3] نقلاً عن ابن كمال باشا أحمد بن سليمان الرومي من فقهاء الحنفية ، ما ملخصه : لا بد للمفتي أن يعلم حال

---

(١) راجع كتاب تاريخ القضاء في الاسلام للقاضي محمود عرنوس ص ١٥٩ .

(٢) هذا التقسيم يقارب تقسيم الحنفية للمجتهدين ، فالمجتهد المطلق هو الطبقة الأولى عندهم والمنتسب هو الطبقة الثانية ، ومجتهد المذهب أو الفتوى هو طبقة المجتهدين في المسائل وتركه لذكر بقية الطبقات لا يعني عدم اعترافهم بها .

(٣) ج ١ ص ٥٧ .

من يفتي بقوله ولا يكفيه معرفته باسمه ونسبه بل لابد من معرفته في الرواية ودرجته في الدراية وموضعه من طبقات الفقهاء ليكون على بصيرة في التميز بين القولين المتخالفين وقدرة كافية في الترجيح بين القولين المتعارضين .

الفقهاء على سبع مراتب :

الأولى : طبقة المجتهدين في الشرع كالأئمة الأربعة ومن سلك مسلكهم في تأسيس قواعد الأصول وبه يمتازون عن غيرهم .

الثانية : طبقة المجتهدين في المذهب كبعض أصحاب أبي حنيفة الذين استنبطوا الأحكام للحوادث بناء على القواعد والأصول التي قررها أستاذهم ، فهم يخالفونه في بعض الفروع ، ولكنهم لا يخالفونه في الأصول .

الثالثة طبقة المجتهدين في المسائل التي لا نص فيها عن صاحب المذهب ، كالخصاف والطحاوى والكرخي والسرخسي وفخر الإسلام البزدوي ، فهؤلاء لا يخالفون صاحب المذهب لا في الأصول ولا في الفروع ، ولكنهم يستنبطون الأحكام في المسائل التي لا نص فيها على حسب الأصول والقواعد .

الرابعة : طبقة أصحاب التخريج من المقلدين ، كالجصاص ، والرازي ، وأمثالهما ، فهؤلاء لا يقدرون على الاجتهاد ، ولكنهم لإحاطتهم بالأصول ، وضبطهم للمآخذ يقدرون على تفصيل قول مجمل ذى وجهين ، أو حكم مبهم محتمل لأمرين منقول عن صاحب المذهب ، أو أحد أصحابه ، فعملهم يرجع إلى أزالة الخفاء والإبهام الذي يوجد في بعض أقوال الأئمة .

الخامسة : طبقة أصحاب الترجيح من المقلدين . كأبي الحسن القدوري ، وصاحب الهداية ، وأمثالهما ، وعمل هؤلاء ينحصر في ترجيح بعض الررايات

على البعض الآخر كقولهم هذا أولى ، أو أرفق بالناس .

السادسة : طبقة المقلدين القادرين على التميز بين الأقوى والقوي والضعيف وظاهر الرواية والنوادر ، كأصحاب المتون المعتبرة من المتأخرين ، كصاحب الكنز وصاحب المختـــار ، وهؤلاء لا ينقلون الأقوال الضعيفة ، ولا الروايات المردودة .

السابعة : طبقة المقلدين الذين لا يستطيعون شيأ مما سبق . فهؤلاء ينقلون الأقوال فقط من غير تميز بين صحيحها وغير الصحيح منهـا .

تدوين الفقه الاسلامي

قدمنا فيما سبق بعض إشارات إلى التدوين . وهي لا تكفي لرسم صورة واضحة له . لذلك رأينا أن نفرد التدوين ببحث خاص يجمع أطرافه . والبحث وإن كان المقصود منه أولاً تدوين الفقه الذي هو جملة الأحكام العملية التي نزل بها الوحي والتي استنبطها المجتهدون والتي خرجها المجتهدون في المذاهب على قواعد أئمتهم إلا أن هذا لا يمنع من التمهيد له بكلمة عن التدوين في العصر الأول عصر رسول الله وأصحابه من بعده فنقول :

بعث رسول الله إلى أمة أمية لا تعرف القراءة ولا الكتابة إلا قليلاً . فكان اعتمادهم في المعرفة على السماع والحفظ ، وقد وهبهم الله ما يعوضهم عن جهلهم بالكتابة . وهبهم ذاكرة قوية تعي كل ما تسمع وتحافظ عليه حتى كان الواحد منهم يسمع القصيدة الطويلة ذات الأبيات العديدية فيحفظها كلها من سمعة واحدة . كما روى عن ابن عباس أنه سمع قصيدة لعمر بن أبي ربيعة من سبعين بيتاً فحفظها كلها بمجرد سماعها لأول مرة [1] .

فكان رسول الله كلما نزل عليه شيء من القرآن قرأه عليهم فحفظوه أولاً بأول .

ولكن الله سبحانه الذي أنزل الذكر وتكفل بحفظه « إنا نحن نزلنا الذكر

(١) جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر جـ ١ ص ٦٩ .

وإنا له لحافظون » أذن لنبيه بكتابة ما ينزل عليه حتى يكون لنا أنزله سند: ان الحفظ والكتابة ولذلك سماه كتاباً كما سماه قرآناً في كثير من الآيات . « ذلك الكتاب لا ريب فيه (١) » « تلك آيات الكتاب المبين (٢) » « إنا أنزلنا اليك الكتاب بالحق (٣) « كتاب فصلت آياته قرآناً عربياً لقوم يعلمون (٤) » « كتاب أحكمت آياته ثم فصلت من لدن حكيم خبير (٥) .

وأمـــا تسميته بالقرآن فقد وردت في أكثر من ستين آية فاتخذ رسول الله بعض أصحابه كتاباً للوحي ، منهم زيد بن ثابت وعلي وعثمان وعبد الله بن مسعود وأبيّ بن كعب وغيرهم .

فكان إذا نزل عليه بعض الآيات دعا بعض كتابه فأمرهم بكتابتها وكان يحتفظ بذلك في بيت النبوة ، ولم ينتقل رسول الله إلى الرفيق الأعلى إلا والقرآن كله مكتوب ولكن في صحف غير مرتبة ترتيب القراءة ، والسبب في عدم جمعه لها وترتيبها كترتيبه في القراءة أنه لآخر لحظة من حياته كان ينتظر نزول الوحي بآيات أخرى أو نسخ شيء ممـــا نزل . ، ولئلا يعتمد أصحابه على المكتوب فيقصرون في حفظه .

ولذلك كان المعول عليه في نقل القرآن النقل المتواتر بالسماع لا من مجرد المصاحف ، لأن القرآن له نطق وأداء خاص لا يكفي فيه مجرد قراءة المكتوب بل لا بد فيه من التلقي عن القراء الذين سمعوه طبقة عن طبقة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم .

ثم أعيد تدوينه مرتباً في عهد أبي بكر باشارة عمر وموافقة الصحابة وسمي بالمصحف . إلى أن كان زمن عثمان وحدثت أحداث اقتضت توحيد المصحف

---

(١) البقرة ـ ٢ (٢) القصص ـ ٢ (٣) الزمر ـ ٣ (٤) فصلت ـ ٣
(٥) هود ـ ١

وتوزيعه على الامصار الإسلامية وإلزام النـــاس بالقراءة على وفقه وحرق ما عداه كما سيأتي مفصلاً في الكلام على القرآن في بحث مصادر الفقه .

ومع أمر رسول الله بكتابة القرآن وإقراره لمن كتبوا لأنفسهم نسخاً خاصة من كتّابه نهى أن يكتب عنه شيء آخر غير القرآن خشية اختلاطه به فيما رواه مسلم بسنده إلى أبي سعيد الخدري أن رسول الله قال : « لا تكتبوا عني شيئاً غير القرآن. ومن كتب عني غير القرآن فليمحه . وحدثوا عني ولا حرج ومن كذب علي متعمداً فليتبوأ مقعده من النار » . ولعل هذا النهي كان في بادىء الأمر لما روي أن بعض الصحابة كتب عن رسوله الله بعض الأحاديث وبعض خطبه . منهم عبد الله بن عمرو بن العاص فقد روي عنه أنه قال : كنت أكتب كل شيء أسمعه من رسول الله أريد حفظه فنهتني قريش فقالوا : أتكتب كل شيء تسمعه ، ورسول الله يتكلم في الرضا والغضب ، فأمسكت عن الكتابة فذكرت ذلك لرسول الله فأومأ بأصبعه إلى فيه وقال: اكتب فوالذي نفسي بيده ما يخرج مني إلا حق [1] .

وروى أبو هريرة قال لمـــا فتحت مكة قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر الخطبة خطبة النبي صلى الله عليه وسلم قال: فقام رجل من أهل اليمن يقال له أبو شاه ، فقال يا رسول الله : اكتبوا لي فقال صلى الله عليه وسلم : اكتبوا لأبي شاه ، يعني الخطبة .

وكذلك روي عن علي أنه كانت عنده صحيفة مكتوب فيها : العقل وفكاك الأسير وألا يقتل مسلم بكافر الخ .

وعلى كل حال فالذي كتب من السنة في هذا العصر قليل جداً .

ولما جاء عهد الصحابة فكر عمر في جمعها وكتابتها ولكنه رجع عند ذلك

---

(١) المرجع السابق ص ٧١ في باب ذكر الرخصة في كتابة العلم .

للسبب السابق ولأسباب أخرى ، وفي عصر الأمويين وجدت محاولات فردية لتدوينها ولكن لم يصلنا شيء من ذلك إلى أن جاء عصر العباسيين فدونت السنة على مراحل كما سيأتي بيانه في بحث السنة .

هذا هو التدوين المتعلق بالقرآن والسنة .

أما الفقه : وهو اجتهادات المجتهدين فلم يدون منه شيء في عهد الخلفاء الراشدين لئلا يشتغل الناس به عن كتاب الله ، ولأنها مجرد اجتهادات تحتمل الصواب والخطأ ومن ثم لا يصح حمل الناس عليها وإلزامهم بها حتى لا يكون حجراً على عقول من يجيء بعدهم من الفقهاء ، وفي عصر الأمويين وجدت محاولات لتدوينه ، ولكن ذلك لم يكن تدويناً بالمعنى المعروف وهو الجمع والترتيب على أبواب وفصول .

فقد ذكر المؤرخون للفقه الإسلامي أن طائفة من الفقهاء عنيت بجمع فتاوى وأقضية من سبقهم من الصحابة والتابعين كما فعل فقهاء المدينة في فتاوى عبد الله ابن عمر وعائشة وغيرهما كما جمع فقهاء العراق فتاوى عبدالله بن مسعود وأقضية علي وفتاويه وأقضية شريح كما سجل بعض قضاة مصر أحكامه لئلا تكون عرضة للنسيان وقطعاً للنزاع بين الخصوم بعد ذلك .

ولكن شيئاً من ذلك لم يصلنا حتى نستطيع الحكم عليه .

وفي العصر العباسي الذي وجدت فيه التخصصات في العلوم المختلفة . فمنهم من تخصص في التفسير ومنهم من تخصص في جمع السنة وبيان مراتبها . ومنهم من تخصص في الفقه . وهؤلاء التف حولهم التلاميذ يحضرون دروسهم ويستفتونهم فيما يقع لهم ، ويكتبون ما يمليه أساتذتهم عليهم ، وأحياناً كان هؤلاء التلاميذ يضيفون إلى ما سمعوه من شيخهم بعض آراء ظهرت لهم تخالف رأي إمامهم أو توضيحاً لبعض هذه الآراء أو تنقيحاً لها أو تعليقاً عليها .

ومن الأئمة من قام بتدوين مذهبه مرتباً بنفسه كما فعل الإمام مالك. ومنهم من قام بإملائه على تلاميذه كما فعل الإمام الشافعي . ومنهم من كان يملي عليهم مسائل متفرقة غير مرتبة وقام تلاميذه من بعده بتدوينه مرتباً كما حدث في مذهب أبي حنيفة[1] . ومنهم من لم يفعل شيئاً من ذلك فقام أتباعه من بعده بتدوينه كما حدث في المذهب الحنبلي .

وهذا التدوين كان يعتمد أول الأمر على الرواية فكان لكل فقيه مدوّن سنده فيما يدونه فمحمد بن الحسن الذي دون مذهب أبي حنيفة كان يصدر العبارة بقوله : محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة . أو محمد عن أبي حنيفة . فكان العمدة في التدوين هو الرواية والسماع لا مجرد النقل من الكتب ولذلك اختلفت الكتب قوة وضعفاً حسب قوة السند ورجاله وضعف ذلك .

وبعد فترة من الزمن قلّت العناية بالسند واقتصر التدوين على النقل من الكتب المعتمدة المتداولة .

إلى أن جاءت طائفة آخر الأمر واكتفت بمجرد النقل عن الكتب دون التمييز بين الكتب المعتمدة وغيرها ، الأمر الذي أقض مضاجع الفقهاء الحريصين على الفقه ونقله صحيحاً فقاموا بعملية تصنيف للكتب لبيان ما يصح الاعتماد عليه ، وما لا يصح التعويل عليه والنقل منه .

---

(١) وما جاء في رد المحتار لابن عابدين ج ١ ص ٣٧ نقلا عن الخيرات الحسان في ترجمة أبي حنيفة النعمان للعلامة ابن حجر ، من أن أبا حنيفة أول من دون الفقه ورتبه أبواباً وكتباً على نحو ما عليه اليوم وتبعه مالك في موطئه ومن كان قبله إنما كانوا يعتمدون على حفظهم وهو أول من وضع كتاب الفرائض وكتاب الشروط .

هذا الكلام وإن كان يحتمل الصحة إلا أنه لم يصلنا كتاب عن أبي حنيفة بهذا الشكل ، ولقد دون تلاميذه مذهبة من بعده ولم يذكروا ذلك فنخلص من هذا إلى أن أول من دون الفقه ووصلنا كتابه هو الإمام مالك في كتابه الموطأ .

وإذا رجعنا إلى الكتب المدونة في الفقه الإسلامي في جميع المراحل من أول تدوينه إلى عصر الجمود وجدناها دونت أول الأمر مختلطاً فيها الفقه بالسنة وآثار الصحابة والتابعين كما في موطأ مالك فإنه جمع فيه ما صح عنده من أحاديث رسول الله وآثار الصحابة والتابعين وعمل أهل المدينة المتفق عليه والمختلف فيه . مضافاً إلى ذلك فتاويه واستنباطاته فكان كتاب حديث مختلطاً بالفقه . أو كتاب فقه مدعم بالأحاديث والآثار ، وبجانب هذا نرى كتباً مدونة في الفقه الخالص لم يذكر فيها من الحديث والآثار إلا ما كان على وجه الاستدلال للرأي المدون كما في كتاب الخراج لأبي يوسف ، وكتاب الأم للشافعي الذي أملاه على تلاميذه بمصر مصدراً له برسالته في الأصول .

كما نجد كتباً تقتصر غالباً على الأحكام الفقهية مع قليل من الآثار ككتب محمد بن الحسن الستة : الجامع الكبير والجامع الصغير ، والسير الكبير والسير الصغير والزيادات والأصل المسمى بالمبسوط ، وكتاب المدونة في الفقه المالكي وهذه الكتب مرتبة على الأبواب .

وجاء من بعد هؤلاء جماعة دونوا الفقه مرتباً على الأبواب وبجانب كل مسألة دليلها من الكتاب والسنة والإجماع والقياس وغيرها كما في مبسوط السرخسي الحنفي الذي شرح به كتاب الكافي للحاكم الشهيد الجامع لكتب محمد الستة بعد حذف المكرر فيها ، وكتاب بدائع الصنائع للكاساني الحنفي الذي شرح به التحفة للسمرقندي ، وهذه الكتب وإن كانت مذهبية إلا أنها كثيراً ما تعرض لآراء الفقهاء الآخرين مع أدلتها والرد عليها .

وهذه الأنواع من الكتب كانت سهلة العبارة لا يجد القارىء عناء في تفهم عباراتها وأخذ الأحكام منها .

ثم جاءت فترة ركود فابتدأ اختصار تلك الكتب ثم توالت الاختصارات

عليها حتى وصلت إلى حد الألغـــاز فاحتاجت إلى الشرح فجاء دور الشروح والحواشي والتقريرات كما أسلفنا .

ثم دونت كتب في الفقه المقارن تجمع الآراء بأدلتهـا وتناقشها للوصول إلى الرأي الراجح في نظر المؤلف : كبداية المجتهد لابن رشد المالكي والمغني لابن قدامة الحنبلي .

تلك هي الخطوات التي خطاها تدوين الفقه الاسلامي .

بدأ تدوينه مختلطاً بالأحاديث والآثار ، ثم دون مجرداً عنهـا إلا من بعض أحاديث وآثار ذكرت للاستدلال في بعض المسائل ، ثم تدوين المسائل مع ذكر أدلة كل مسألة مع عرض لبعض الآراء المخالفة والرد عليها ثم تدوين الفقه المقارن الذي يجمع الآراء في المذاهب المختلفه مع أدلتهـا ومناقشتها للوصول إلى الرأي الراجح في نظر المؤلف .

ثم الاختصار إلى متون جاء بعدها شروح وحواش وتعليقات .

وقد بينا من قبل إنه وجد بجانب النوع الأخير كتب أخرى معاصرة لهـا سهلة مبسطة ، وكتب الفتاوى التي كانت ولا تزال مرجعاً هاماً للقضاة والمفتين .

ثم دون مع الفقه عـــلم أصول الفقه الذي عنى ببيان الطريقة الصحيحة للاجتهاد وضبط شروطه . وطرائق الأئمة فيه وموقف كل إمام من أدلة الفقه وترتيبها . كما دونت كتب أخرى تخـدم الفقه ، تعرف بكتب القواعد ، وسنفصل الكلام عليهـا في أول القسم الثاني من الكتاب عند الكلام على بعض النظريات العامة إن شاء الله .

الدور الأخير : دور النهضة الحالية

عرفنا أن الفقه الإسلامي مر بأدوار رئيسية ثلاثة ، وهي متمايزة عن بعضها تمام التمييز باعتبار الغرض الأصلي في كل واحد ، فدور التأسيس كان لوضع الأسس والقواعد ومصدر هذا الوحي أولاً وأخيراً ، وسلطة التشريع فيه كانت بيد الرسول وحده ، فهو المرجع في التشريع والقضاء ، فلهذا لم تختلف الأحكام في القضايا والمسائل التي عرضت فيه ، وفقهه كان واقعياً يسير مع الزمن وأحداثه ، ولم يدون في هـذا الدور شيء من الفقه إلا ما كان في ضمن نصوص القرآن.

ودور البناء كان للتفريع على الأسس التي تمت في زمن الوحي ، وتطبيق القواعد على ما يجد من أحداث ، ومصدر هـذا هو الاجتهاد بنوعيه . الجماعي والفردي ، وسلطة التشريع كانت بيد الخلفاء أولاً لم يستبدوا بها ، بل جعلوها شورى بينهم تطبيقاً لتعاليم القرآن وهدي رسول الله . ثم توزعت بين الحكام والأئمة الذين نصبوا أنفسهم للفتوى والتدريس ، ومن هنا وجـد الاختلاف وتعددت الاراء . زاد هـذا الاختلاف وكثر التعدد كلما ضعفت الشورى أو قلت ، وما وجد في هذا الدور من التقليد عندما تكونت المذاهب لم يمنع الاجتهاد متى وجدت الحاجة اليه ، كما لم يكن إجبارياً ، بل كان لطالب الفقه أن يختار المذهب الذي يقلده ، فإذا عنّ له أن ينتقل إلى مذهب آخر انتقل إليه من غير أن يكون لأحد سلطان عليه .

والدور الثالث كان لتنظيم تلك الثروة الفقهية التي تركها أصحاب المذاهب مع تكميلها باستنباط قواعد ليسهل التخريج عليها ، فلم يكن فيه اجتهاد

بالمعنى السابق ، بل تقليد لآراء معينة ، واجتهـــاد في حدود تلك الآراء ، ثم تعصب لهـا أدى إلى التقاتل أحياناً ، ثم مغالاة في التقليد والتعصب بإلزام كل واحد بالبقاء على تقليده المذهب الذي اعتنقه لا ينتقل منه إلى غيره ، بل زادوا على ذلك فأفتوا بأن من انتقل من مذهب إلى آخر يعزر « أي يعاقب بعقوبة يقدرها القاضي حسبما يراه رادعاً له » .

وكان من نتيجة ذلك أن شغل الفقهاء أنفسهم بتأليف كتب مذهبية فيهـــا تعقيد وصعوبة ، وكان التنافس بينهم في تحليل الألفاظ ، وضبط التراكيب . وتحديد معانيها ، وكان التدريس للفقـــه تدريساً مذهبياً . فالحنفي حنفي والشافعي شافعي لا يعرف أحدهما شيئاً عن مذهب الاخر إلا ما نقل في كتب مذهبه التي لم تلتزم الدقة غالباً في النقل عن المذاهب الأخرى ، والقضاة ملزمون بالقضاء بالمذهب الذي يختاره الحاكم لا يحيدون عنه إلى غيره ، حتى ولو أدى ذلك إلى عنت المتقاضين وإيقاعهم في حرج بين

هذه هي المميزات الرئيسية بين تلك الأدوار . وحي مع أحكام موحدة واجتهاد تتعدد به الآراء مع حرية في العمل والقضاء . وتقليد يلازمه تعصب الآراء . وحجر في العمل . وقضاء بمذهب معين . وتدريس لمذاهب منفصلة ، وتأليف خال من المقارنة الحرة بين المذاهب .

وهذه الحال السيئة التي آل إليهـــا الفقه والفقهاء في عصور التقليد المظلمة بدأت تتغير في أواخر القرن الماضي وأخذ هـذا التغير يتزايد على مر الأيام . وينتقل من حسن إلى أحسن بفضل استجابة ذوي الرأي والمنتسبين إلى الفقه لصيحات الإصلاح المدوية ؛ فأصبح الفقه بذلك التغيير في نهضة . وبدأ يسترد معهـا مكانته الأولى . فخطا خطوات موفقة في طريق التخلص من آثار الجمود وأخذ رجاله ينفضون عنه غبار الماضي الذي ستر ما فيه من جمـال وصلاح عن أعين الناس طيلة القرون الماضية . لما عرفوا أسباب جموده وانصراف الناس عنه .

فالعصبية المذهبية انقضى عهدها - والحمد لله - وصارت المذاهب تدرس على السواء ، وأصبح الفقه المقارن من أهم المواد الدراسية في الكليات التي تعنى بدراسة الفقه ، ككليتي الشريعة في جامعتي الأزهر ودمشق ، وكليات الحقوق بالجامعات في البلدان العربية كلها تقارن فيه المذاهب مقارنة حرة تدور حول الأدلة ، فتوصل إلى ترجيح الرأي بقوة الدليل بصرف النظر عن صاحبه ، وقد تخرج المقارنة من دائرة المذاهب الفقهية إلى المقارنة بين فقه الإسلام والشرائع الوضعية .

أما التأليف فقد تخلص من أوضار الماضي ، فطرح عنه رداء المذهبية ، وبعد عن التعقيدات اللفظية . وسار في طريق غير طريق المتون والشروح والحواشي طريق يقترب من الحياة العملية يحاول حل مشاكلها وما جد فيها من أحداث. فترى منه ألواناً منوعة. فمن فقه مقارن يقارن بين مذاهب الفقهاء إلى آخر يقارن الشريعة بالقوانين . إلى نوع ثالث صاغ أبواباً من الفقه الإسلامي على هيئة مواد القانون إلى غير ذلك مما كان شرحاً لتلك المواد . أو شرحاً لقوانين صدرت للعمل بها مأخوذة من هذا الفقه .

وأما القضاء فقد سار شوطاً بعيداً في طريق القضاء على فكرة إلزام القاضى بالرجوع إلى مذهب معين لا يحيد عنه . حيث أبدل ذلك بمجموعة من القوانين أخذت من الفقه الإسلامي من غير تفرقة بين مذهب وآخر في الوقف والوصية والمواريث . وبعض مسائل الطلاق والنفقة وحقوق الأولاد . لم يلاحظ فيها عند وضعها إلا ما بها من يسر وملاءمة ، والدولة في سبيل إعداد تشريع شامل للأحوال الشخصية كلها لا يتقيد بمذهب خاص . بل ولا بالمذاهب الأربعة المشهورة [١] وينتظر صدوره من وقت لآخر .

(١) ومن هنا نستطيع أن نقول : إن عصرنا هذا يعتبر - بحق - دوراً مستقلا من أدوار الفقه الاسلامي لتميزه عن سابقه بمميزات تجعله مغايراً له مغايرة تكاد تكون تامة . =

هذا في مصر « الجمهورية العربية المتحدة » وقــد سبقت بعض الدول العربية الأخرى بوضع قانون شامل للأحوال الشخصية مستمداً من الفقه الإسلامي ، ففي سوريا صدر هذا القانون عام ١٩٥٣ . وفي العراق صدر قانون مماثل عام ١٩٥٩ . وفي لبنان يسير العمل على قانون حقوق العــائلة وتوجد فيه محاولات من حين لآخر لوضع قانون جديد .

وعلى ذكر القوانين المأخوذة من الفقه الإسلامي يحسن بنا أن نذكر كلمة عن تاريخ التقنين فيه متى بدأ ، وأهم القوانين التي أخذت منه .

= وقد كنت ترددت أول الأمر في جعله دوراً مستقلا . حيث جريت في التقسيم على مبدأ التغاير الكلي ، فمن وحي إلى اجتهاد إلى تقليد ، ونحن لا زلنا نعيش في عصر التقليد ، ولكن ظهر لي أن التقليد الذي نعيش فيه تقليد يغاير التقليد في الدور السابق فهناك تقليد مذهبي مع تعصب يتبعهما حجر على العقول ، وهنا تقليد مع حرية الاختيار ، وهو قريب من الاجتهاد ، بل هو نوع منه . فما كان الفقيه في عصور الاجتهاد يمتنع عن أن يأخذ برأي غيره في فتواه أو في قضائه ، فالأئمة أصحاب المذاهب أثر عنهم أنهم أخذوا بأقوال الصحابة ، بل أخذوا ببعض أقوال التابعين ، والقضاة في عصرهم ، بل وفي العصر الذي سبقهم مــا كانوا يمتنعون عن أن يحكموا بآراء فقهاء سابقين أو معاصرين ، وهذا الاختيار لم يخرجهم عن أن يكونوا مجتهدين .

جاء في تاريخ القضاء في الاسلام أن الهادي الخليفة العباسي خوصم إلى أبي يوسف القاضي في بستان وكان الحكم في الظاهر للهادي وفي الباطن خلاف ذلك ، فقال الهادي لأبي يوسف : ما صنعت في الأمر الذي نتنازع اليك فيه ، فقال : خصم أمير المؤمنين يسألني أن أحلف أمير المؤمنين أن شهوده شهدوا على حق ، فقال له الهادي : وترى ذلك ؟ قال : فقد كان ابن ابي ليلى يراه ، فقال اردد البستان عليه .

والشافعي في رسالته ص ٤٥٠ يقول : أخبرني من لا أتهم من أهل المدينة عن ابن ابي ذئب قال : قضى سعد بن ابراهيم على رجل بقضية برأي ربيعة بن عبد الرحمن « ربيعة الراي » فأخبرته عن النبي بخلاف ما قضى به ، فقال سعد لربيعة : هذا ابن ابي ذئب ، وهو عندي ثقة يخبرني عن النبي بخلاف ما قضيت به ، فقال له ربيعة قد اجتهدت ومضى حكمك ، فقال سعد : وا عجبا انفذ قضاء سعد بن ام سعد وارد قضاء رسول الله ؟! أرد قضاء سعد بن أم سعد وأنفــد قضاء رسول الله ، فدعا سعد بكتاب القضية فشقه، وقضى للمقضي عليه . =

الفقه الاسلامي والتقنين :

لم يعرف التأليف في الفقه الإسلامي طريقة التقنين إلا في أواخر [1] القرن الماضي . وكان ذلك في تركيا إبان الخلافة العثمانية، حينما أنشئت المحاكم النظامية ونقل إليها بعض اختصاصات المحـــاكم الشرعية ، ولم يكن في استطاعة قضاة تلك المحاكم أن يأخذوا الأحكام من الكتب الفقهية لاختلاف أساليبها ، وكثرة الآراء فيها ، ولأن التمييز بين تلك الآراء يحتاج إلى ملكة فقهية خاصة وتدريب خاص ، ولم يتوفر لهؤلاء القضاة غير الشرعيين شيء من ذلـك ، فاقتضى الأمر علاج هذه الحالة بجمع أحكام تلك المسائل وصياغتهـا على هيئة قانون ليسهل الرجوع إليها ، وأخذ الأحكام منها . فصدرت إرادة سلطانية بتأليف لجنة من سبعة من العلماء من مشاهير الفقهاء برياسة أحمد جودت باشا ناظرديوان الأحكام العدلية لوضع هذه المجموعة ، وابتدأت اللجنة عملها سنة ١٢٨٥ هـ — ١٨٦٩ م ، وانتهت من وضع أحكام المعاملات في سنة ١٢٩٣ هـ — ١٨٧٦ م ؛ وكان ذلك في ١٨٥١ — مادة وعرفت هذه المجموعة باسم « المجلة العدلية » وهي مأخوذة من الفقه الحنفي، وقد اقتضى التيسير أن يؤخذ فيها ببعض الأقوال المرجوحة ، وابتدأ العمل بها في ٢٦ شعبان سنة ١٢٩٣ هـ ، وطبق في تركيا والبلاد التابعة

= سعد هذا هو سعد بن ابراهيم بن عبد الرحمن بن عوف قاضي المدينة توفى سنة ١١٧ هـ .

فهذان الأثران يدلان على ان القاضي في عصور الاجتهاد كان يأخذ أحيانا برأي غيره ، وأن هذا كان يسمى اجتهاداً ، فاذا كان شعار عصرنا عدم التقيد بمذهب خاص ، واختيار الأصلح والأرفق للعمل به نكون قد بدأنا الاجتهاد ، فيستقل هذا العصر عن سابقه .

(١) نقول لم يعرف الفقه الاسلامي طريقـة التقنين بالفعل إلا في هذا الوقت وما وجـد قبل ذلك كان مجرد محاولة أو اقتراح جمع الناس على رأي واحد يقضى به بين الناس دون تقيد بمذهب معين وإنما يتبع قوة الدليل وملاءمته لأحوال الناس . ويلزم به القضاة في انحاء الدولة الاسلامية. كما جاء في رسالة ابن المقفع إلى المنصور الخليفة العباسي .

أو جمع الناس على مذهب واحد وترك ما عداه كما حدث في محاولة المنصور ومن بعده هارون الرشيد جعل كتاب الموطأ دستوراً تسير عليه الدولة ولا تخالفه في شيء .

لها ، ولم يكن لمصر نصيب من العمل بهذا القانون ، لأنها استقلت عن الدولة العثمانية قبل ذلك سنة ١٢٩١ هـ ١٨٧٤ م .

ثم ظهر بعد ذلك قانون حقوق العائلة الذي يختص بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد [١] ، ولم يلتزم هذا القانون بالنسبة للمسلمين أحكام المذهب الحنفي ، بل خرج عنه ، وأخذ بغيره في بعض الأحكام ، كفساد زواج المكره ، وبطلان طلاقه . وطلاق السكران .

ولم يقف الأمر في التقنين عند الحدود التركية ، ولا اقتصر على مسائل المجلة وقانون حقوق العائلة ، بل تجاوز حدودها ، وشمل مسائل أخرى غيرها .

ففي مصر ألف قدري باشا كتابه المشهور «مرشد الحيران في معرفة أحوال الإنسان » في المعاملات ، وهو مأخوذ من مذهب الحنفية ، ألفه من —٩٤١— مادة ، وطبع سنة ١٨٩٠ م .

ثم ألف كتاب « العدل والإنصاف في مشكلات والأوقاف» وهو مؤلف من — ٦٤٦ — مادة ، وطبع على نفقة نظارة المعارف سنة ١٨٩٣ م .

كما ألف كتاباً ثالثاً في الأحوال الشخصية « الهبة والحجر والإيصاء والوصية وغيرها ، وهو مكون من — ٦٤٧ — مادة .

وهذا العمل في ذاته وإن كان فردياً لم يأخذ صفة التقنين الرسمية إلا أنه نبه الأذهان إلى ذلك .

ولقد بدأ العمل الجماعي في هذا النوع من التأليف في العقد الثاني من القرن العشرين .

ففي سنة ١٩١٥ م ألفت لجنة من كبار العلماء برئاسة وزير الحقانية لوضع

---

(١) صدر ذلك القانون في ٨ محرم سنة ١٣٣٦ هـ الموافق سنة ١٩١٧ م .

قانون لمسائل الأحوال الشخصية ، فأعدت اللجنة مشروع قانون الزواج والطلاق والمسائل المتعلقة بها ، استمدت أحكامه من المذاهب الأربعة ، ولكنه لم يصدر به قانون للمعارضة الشديدة التي وجهت إليه من علماء المذاهب المختلفة ، وساعد على ذلك الظروف السياسية الناتجة عن قيام الحرب العالمية الأولى .

وفي سنة ١٩٢٠ م صدر المرسوم بقانون رقم ٢٥ ، وهو مؤلف من ١٣ مادة ، ومعظم التغييرات التي فيه مستعدة من مذهب الإمام مالك ، فتقبل الناس ذلك ، مما شجع أولى الأمر على السير في طريق التجديد .

وفي سنة ١٩٢٣ م صدر قانون رقم ٥٦ بتحديد سن الزواج معتمداً في ذلك على رأي ابن شبرمة وعثمان البتي وأبي بكر الأصم ، فقابله الناس بالنقد الشديد ، لخروجه عن المذاهب الأربعة ، ولكن الناس ألفوه بعد حين لما أدركوا فائدته .

وفي سنة ١٩٢٦ ألفت لجنة أخرى ، فوضعت مقترحات ، منها :

منع الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي ، واعتبار ما تشترطه المرأة من شروط لا تتنافى مع مقتضى العقد ، فهبت على هذه المقترحات أعاصير من النقد قضت عليها في مهدها .

وفي سنة ١٩٢٩ م صدر المرسوم بقانون رقم ٢٥ — وهو مؤلف من ٢٥ مادة ، وفيه معظم المقترحات السابقة ، وقد التزم هذا القانون حدود المذاهب الأربعة ، ولم يخرج عنها إلا في مسألتين : الطلاق الثلاث بلفظ واحد ، والطلاق المعلق ، فقد أخذ فيها بمذهب ابن تيمية ، وتلميذه ابن قيم الجوزيه ، وهو أن الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة ، وأن الطلاق المعلق إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا يقع ، وبهذا انفتح أمام المشرعين أبواب التجديد ، والخروج عن دائرة المذاهب الأربعة إلى المذاهب الأخر .

الخوارج والشيعة ، أما بقية المذاهب فقد ابتدع أصحابها أشياء باعدت بينها وبين المذاهب الأخرى حتى خرجوا بها عن الإسلام .

وإليك التعريف ببعض هذه المذاهب .

الخوارج : قوم متشددون في الدين ورأيهم في الخلافة أنها تكون بالاختيار الحر من المسلمين [1] ولا تنحصر عندهم في طائفة معينة ، كما حصرها الشيعة في علي وذريته ، والجمهور في قريش ، فمن انتخب كان خليفة تجب طاعته ما دام يسير على طاعة الله والرسول، وليس له أن يتنازل عنها ، ولا أن يحكم في شأنها، ولا مانع من تعدد الخلفاء بتعدد البلدان .

وقد كان لهم نشاط فقهي في صدر الإسلام بني على التشدد في أوامر الدين والعمل بالكتاب والسنة التي وصلتهم عن طريق علمائهم، واجتهاد فقهائهم فيما لم يوجد فيه نص ، ولم يعترفوا بالإجماع كدليل لأنه يتنافى مع مبدئهم من الخروج على جماعة المسلمين .

وهؤلاء افترقوا إلى فرق كثيرة عدها بعضهم عشرين فرقة منها الأزارقة ، والنجدية والصفرية ، وكان لكل فرقة مذهبها الخاص وتعاليمها الخاصة . منها المتشدد ، ومنها المعتدل إلى حد ما ، وقد انقرضت هذه المذاهب كلها ، ولم يبق منها إلا مذهب الأباضية [2] المنسوبة إلى رئيسها عبد الله بن أباض الذي توفي في عهد الأمويين في خلافة عبد الملك بن مروان بعد سنة ٨٠ هـ .

---

(١) كانت نظرتهم في الخلافة أولا انها حق لكل عربي حر . ولكنهم عدلوا هذا الشرط فجعلوه الاسلام والعدالة فاصبحت حقاً لكل مسلم عدل عربياً كان أو غير عربي حراً كان او غير حر . فعلوا ذلك حينما انضم الى صفوفهم كثير من المسلمين غير العرب . تاريخ الاسلام للدكتور حسن إبراهيم حسن ج ١ ص ٣٨٨ .

(٢) الأباضية بكسر الهمزة وينطقها أهل شمال أفريقية بالفتح وقد اختلف المؤرخون في تعيين السنة التي توفى فيها زعيمهم عبد الله بن أباض وكلها تتفق على أنها بعد سنة ٨٠ هـ .

وهذا المذهب معتدل في تعاليمه ، فهو لا يمنع تزوجهم من بقيـة المسلمين ، ولا يمنع التوارث بينهم وبين غيرهم من المسلمين أيضاً ، ولا يجيز قتال غيرهم إلا بعد الدعوة ، وإقامة الحجة وإعلان القتال . بينما نجـــد غلاة الخوارج يحرمون التزوج من غيرهم وأكل ذبائحهم ، ويمنعون التوارث بينهم وبين من عداهم ، ويجيزون القتال منغير دعوة ولا إعلان ويكفرون مرتكب الكبيرة ويستحلون دماء أهل الذمة وأموالهم .

وهم متفقون في كثير من الفروع مع أهل السنة ولكنهم خالفوهم في مسائل منها . إجازتهم الوصية للوارث ، وقولهم بالوصية الواجبة ، وغيرهما .

وفقه هذا المذهب مدون في كثير من الكتب مـــا بين مخطوط ومطبوع ، ومن أهم كتبهم المطبوعة كتـــاب شرح النيل لمحمد بن يوسف بن أطفيش وهو مطبوع في عشرة أجزاء .

وأتباع هذا المذهب الآن موجودون ببعض بلاد المغرب في شمـال أفريقية وعُمان في شبه الجزيرة العربية وهي موطن إمارتهم .

مذاهب الشيعة

الشيعة قوم جعلوا الإمامة ركناً من أركان الدين ؛ وأن الرسول أوصى لعلي بها ؛ ولكنهم تفرقوا إلى فرق عديدة بسبب اختلافهم في الخلافة ، ولمن تكون. هل تكون لأولاد علي من فاطمة بنت الرسول أو لأولاده منها ومن غيرهـا ، وإذا كانت في أولاد فاطمة فهل تثبت بالنص عليهم واحداً بعد واحد أو تكون فيهم بالاختيار متى تحققت صفة الإمامة ، واختلافهم كذلك في موقف الشيخين « أبي بكر وعمر » منها أكانا محقين في توليها ام كانا غاصبين لها ؟

وهذه الفرق منها المعتدل الذي لم يبعد عن أهل السنة كثيراً ، ومنها غير ذلك . وقد انقرضت هذه الفرق ولم يبق منهـا إلا بعضها كالزيدية والإمامية الإثني عشرية أو الجعفرية ، والإسماعيلية .

أما الزيدية فهم ينتسبون إلى زيد بن علي زين العابدين بن الحسين الذي تهيأ للخلافة بالعلم والاجتهاد ، وقام بالدعوة ضد الأمويين وقاتلهم فبويع له بالخلافة بالكوفة ، لأن مبادئهم أن الإمامة لا تكون بالنص عليها كما يقول الإمامية ، وإنما تكون لكل فاطمي عالم زاهد شجاع في الحق قادر على القتال يخرج على السلطان [1] مطالباً ، سواء أكان من أولاد الحسن أم من أولاد الحسين . فهي لا تنحصر عندهم في عدد معين .

والزيدية أعدل فرق الشيعة في تعاليمها ، ومذهبهم أقرب المذاهب إلى فقه أهل السنة وبخاصة فقه العراقيين ، لأن العراق موطنهم الأول ، ويزداد قرباً من مذهب الحنفية ، لأن أبا حنيفة أخذ عن إمامهم .

وسبب اعتدال هذا المذهب هو اعتدال إمامه زيد الذي صحح خلافة أبي بكر وعمر ، ولم يبح لنفسه الطعن عليهما [2] ، والتبرأ منهما ، كما فعل غيره من أئمة الشيعة ، بل كل ما قاله فيهما : إنهما سبقا جده بالخلافة ، وقد كان أحق بها منهما ، ومن هنا كان من مبادئهم جواز إمـامة المفضول مع وجود الأفضـل إذا اقتضت مصلحة الأمة ذلك ، ولم يقولوا بعصمة الائمـة التي ترفعه إلى مرتبة النبوة .

---

(١) فالإمامة في نظرهم عملية لا سلبية كما هي عند الإمامية . كما يقول الاستاذ أحمد أمين في فجر الإسلام ص ٢٢٣ .

(٢) كان رايه في ابي بكر وعمر السبب المباشر في خذلان اهل الكوفة له ، وانصرافهم عنه حتى قتله الحجاج الثقفي امير الكوفة في خلافة هشام ثم صلبه واحرق جثته سنة ١٢١ هـ .

هذا وقد خالفوا فقه أهل السنة في بعض الأحكام ، فحرموا ذبيحة غير المسلم كما حرموا التزوج من الكتابيات، ولم يجيزوا المسح على الخفين في الطهارة . وفقههم يستند إلى الكتاب والسنة والإجماع والاجتهاد بالقياس وغيره ، ولهم كتب كثيرة منها المجموع المنسوب للامام زيد ، وشرحه الروض النضير لشرف الدين الحسين بن أحمد الحيمى المتوفى سنة ١٢٢١ ﻫ وهو مطبوع في مصر في خمسة أجزاء .

وأتباع هذا المذهب موجودون الآن في بلاد اليمن ، وقد تشعب إلى شعب منها **القاسمية والناصرية والهادوية :**

أما الامامية : فهم الذين يعتقدون أن الرسول أوصى بالخلافة لعلي بالذات ثم من بعده لولده وأن الأئمة معصومون من الخطأ، ومن ثم حكموا بتخطئة أبي بكر وعمر ، بل تغالى بعضهم وحكموا بكفرهما ، فاستباحوا لأنفسهم الطعن عليهما ، والتبرأ منهما ، وهؤلاء طوائف .

منها الامامية الاثنا عشرية : [١] وهم فرقة تقول : بأن الأئمة اثنا عشر إماماً ، تبدأ بعلي بن أبي طالب ، ثم تنتقل من بعده إلى ولده من فاطمة ، وهم الحسن والحسين ، ومن يعقبهما من الأبناء إلى الثاني عشر[٢] « محمد المهدي » ولا تنتقل من بعده لأحد ، لأنه لم يمت ، ولكنه اختفى عن الدنيا سنة ٢٦٠ ﻫ ، وسيظهر في آخر الزمان ، فيملأ الأرض عدلاً وأمناً بعد أن ملئت جوراً وخوفا لذلك سموه بالمنتظر ، ويقولون : إن علماءهم نواب عنه في فترة غيبته . وقد بالغوا في وصف الإمام ، فادعوا عصمته من الخطأ لأنه يوحي إليه بطريق

---

(١) وتسمى الجعفرية أيضاً لأن فقههم مأخوذ عن الامام جعفر الصادق .

(٢) وأئمتهم : علي المرتضى ، والحسن المجتبى ، والحسين الشهيد ، وعلي بن زين العابدين ، ومحمد الباقر ، وابنه جعفر الصادق ، وموسى الكاظم ، وعلي بن موسى الرضا، ومحمد التقي . وعلي التقي . والحسن العسكري الذكي ، ومحمد المهدي .

الإمام الصادق ، أو لأن الرسول استودعه علم ما لم تدعه الحاجة إلى بيانه من الأحكام في زمنه ، ولذلك جعلوا الإيمان بالإمام جزءاً من الإيمان بالله ، وقالوا في وصفه « معصوم مؤيد موفق مسدد قد أمن من الخطأ والزلل والعثار يخصه الله بذلك ليكون حجته على عباده وشاهده على خلقه[1] .

وفقه هؤلاء يرجع إلى الكتاب ، والسنة المروية عن علمائهم ، وأقوال أئمتهم المعصومين في نظرهم ، ولا يعترفون بالإجماع ، ومن جعله منهم دليلاً أراد به إجماع أهل البيت ، ومع ذلك شرط فيه أن يكون معهم إمامهم المعصوم حتى لا يتسرب الخطأ لذلك الإجماع . وهذا في الحقيقة يرجع إلى نفي اعتبار الإجماع بالكلية ، لأن الحجية في قول الإمام المعصوم ، وأنكروا القياس[2] لعدم الحاجة إليه بعد القول بعصمة أئمتهم ، لأن كل مسألة لها حكمها عند الله ، وقد عرفه الرسول والأئمة من بعده [3]

وهم يخالفون أهل السنة في كثير من الفروع بعد مخالفتهم لهم في الأصول منها قولهم بشرعية زواج المتعة ، أو الزواج الموقت ، وهو ما يكون بعقد ومهر إلى أجل ، وأهل السنة ومعهم الزيدية من الشيعة يذهبون إلى عدم شرعيته لنسخه .

ومنها أنهم يقولون : إن الطلاق لا يقع إلا أمام شاهدين لقوله تعالى

---

(١) أصول الرضا .

(٢) وقد شاع عن أئمتهم ان الشريعة إذا قيست محى الدين اصل الشيعة واصولها للشيخ محمد الحسين آل كاشف الغطاء .

(٣) ولا يخالف هذا ما قاله صاحب المختصر النافع منهم من أن مصادر الأحكام عندهم أربعة الكتاب والسنة والاجماع والعقل أو الأدلة العقلية لأن الأدلة العقلية لها تفسيرات ليس القياس منها ، فبعضهم يقول : إنها البراءة الأصلية أو الاستصحاب ، وآخرون يفسرونها بلحن الخطاب وفحوى الخطاب ، وهذه ترجع إلى طريقة الاستدلال بالنصوص .

« فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم »[1] .

ومنها أن الطلاق الثلاث في مجلس واحد يقع طلقة واحدة ، وأن زواج الكتابية حرام لقوله تعالى « ولا تمسكوا بعصم الكوافر »[2] . وأهل السنة يقولون : إن هذه الآية خاصة بالمشركات .

ومنها بعض مسائل الميراث ، كتقديم ابن العم الشقيق على العم لأب ، وهذه مبنية على عقيدتهم في أن علياً وذريته مقدمون على العباس وذريته . وكمنعهم الإرث بالتعصيب .

ومنها أنهم يقولون إن الكذب على رسول الله مبطل للصيام . فيجب فيه القضاء والكفارة ، ويؤخرون الفطر إلى زوال الشفق الأحمر .

ولهم كتب كثيرة منها كتاب شرائع الإسلام لجعفر بن الحسن الحلّي ، وشرحه المسمى جواهر الكلام لمحمد بن حسن النجفي ، وتذكرة الفقهاء لمحمد ابن يوسف الحلي ، وكتاب مفتاح الكرامة لمحمد الجواد بن محمد الحسيني العاملي وغيرها .

والموطن الأصلي لهذا المذهب هو إيران ، فالإيرانيون كلهم من الشيعة الإمامية وبه يدين أغلب العراقيين ، وله أتباع في سورية ولبنان والهند والباكستان .

الاسماعيلية : [3] وهم فرقة من الإمامية ظهرت في العصر العباسي تنسب إلى إسماعيل بن جعفر الصادق ، فقد جعلوه الإمام بعد أبيه جعفر ، وخالفوا

---

(١) الطلاق – ٢ (٢) الممتحنة – ١٠

(٣) وتسمى الباطنية . ومنهم العبيدون أو الفاطميون الذين ظهروا بالغرب ثم استولوا على مصر وما جاورها.

الإمامية الإثني عشرية الذين جعلوها من بعده لابنه موسى الكاظم ، وهذه الفرقة من غلاة الشيعة الذين خرجوا بتعاليمهم عن الإسلام ، فهم يقولون : إن للقرآن ظاهراً وباطناً ، فيجب تأويله ولا يتمسك بحرفيته ، ومن هنا سموا بالباطنية وزعموا أن الوحي هو صفاء النفس لا نزول ملك ، وأن الشعائر الدينية لا تلزم إلا العامة ، وأما الخاصة فغير ملزمين بها ، وأن الأنبياء سواس العامة ، أمـــا الخاصة فأنبياؤهم الفلاسفة .

ثم يشككون بعد ذلك في تعاليم الإسلام ، فيقولون : مـــا معنى رمي الجمرات ، ومـــا معنى السعي بين الصفا والمروة ، وهم موجودون في الهند وباكستان ، وفي بلاد العرب الجنوبية ، وفي أماكن أخرى ، وزعيمهم أغاخان الذي يدفعون إليه عشر أموالهم ويدينون له بالولاء والتعظيم .

مذاهب أهل السنة

في عصر الإجتهاد وجد كثير من الفقهاء المجتهدين من أهل السنة تخصصوا في الفقه ، ووقفوا حياتهم عليه استنباطاً وتدريساً ، والتف حول كل واحد منهم تلاميذ يتلقون عنه فقهه ، ويرجعون اليه فيما أشكل عليهم ، وقد خلف هؤلاء الفقهاء وراءهم مجموعات اجتهاداتهم إما مدونة في كتب ، أو أمـانة في أيدي التلاميذ عرفت هـذه المجموعات فيما بعد بالمذاهب الفقهية منسوبة إلى أصحابها ، وكان منها مذاهب سعدت بالبقاء إلى يومنا هذا لوجود تلاميذ أوفياء اوأتباع يعملون بها ، ويدعون الناس إليها ، كالمذاهب الأربعة المشهورة « الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي » ، وأخرى قدر لها البقاء معمولاً بها خلال القرون الأولى ، ثم تفرق عنها أتباعها ، كمذهب داود الظاهري ، والأوزاعي إمام أهل الشام ، وطائفة ثالثة ماتت بموت أصحابها . ولكنها بقيت موزعة بين سطور الكتب ، تناقلتها كتب المذاهب ، والفقه المقـارن عند المناسبات ، كمذهب الليث بن سعد فقيه مصر ، وسفيان الثوري وغيرهما .

ونحن نقدم لك تعريفاً بأصحاب المذاهب الأربعة ، وطريقتهم في الاجتهاد وإلمامة يسيرة عن تلاميذهم الذين كان لهم الفضل بعدهم في نشر تلك المذاهب والمحافظة عليها ، ثم نيمم بك نحو المذاهب المندثرة لنعرفك ببعض أصحابها .

المذهب الحنفي

بين دولتين كبيرتين من دول الاسلام الأولى ، وفي بيئة متأثرة بالحضارة الفارسية تجمعت بهـا طوائف من العرب الفـاتحين ، وأخرى من سكان البلاد الأصليين ، واختلط فيها ما روي من صحيح الأحاديث بمـا وضعه الكذابون ، ونسبوه زوراً إلى رسول الله نشأ هـذا المذهب وتكون ، ثم خرج إلى البلدان الأخرى على أيدي التلاميذ والرواة .

أسس هذا المذهب أبو حنيفة النعمان بن ثابت الفارسي الأصل ، ولد بالكوفة سنة ٨٠ هـ ، وتفقه فيهـا ، ثم انتقل إلى بغداد بعد أن بناها المنصور العباسي لتكون عاصمة الدولة الاسلامية ، واستقدم إليها العلماء والفقهاء فبقي فيها حتى توفي سنة ١٥٠ هـ كما يقول بعض المؤرخين .

تلقى العلم عن طائفة من العلماء ، واشتغل أولاً بعـلم الكلام ، وبعد أن وصل فيه إلى درجة كبيرة انتقل إلى الاشتغال بالفقه ، ولازم شيخه حماد بن أبي سليمان المتوفي سنة ١٢٠ هـ مدة ثماني عشرة سنة حتى صار إماماً فيه ، ولقب بالامام الأعظم .

كون مذهبه بطريقة الشورى مع أصحابه [١] ، فكان يعرض عليهم المسألة

(١) روى ابن البزاري في مناقب ابي حنيفة جـ ٢ ص ١٢٥ انه قال في اصحابه الذين لازموه مرة « هؤلاء ستة وثلاثون رجـلا . منهم ثمانية وعشرون يصلحون للقضاء ، وستة يصلحون للفتوى ، واثنان يصلحان لتأديب القضاة وارباب الفتوى وهما ابو يوسف وزفر » .

فيختلفون فيها ، فهذا يأتي بجواب ، وذلك يأتي بغيره ، ثم يرفعونها إليه ، فينتهي فيها معهم إلى رأي ، ثم يأمرهم بكتابتها ، وكان ينهاهم عن كتابة المسائل قبل تمحيصها ، ولم يكتف بالاجتهاد في أحكام الحوادث التي تعرض عليه ، بل فرض المسائل وقدر لها أحكامها ، فلما اعترض عليه بعض العلماء في ذلك قال : إنا نستعد للبلاء قبل نزوله . فإذا نزل عرفنا الدخول فيه والخروج منه (1) .

ومع هذا لم يكن متعصباً لرأيه ، فقد قيل له : يا أبا حنيفة هذا الذي تفتي به هو الحق الذي لا شك فيه ؟ فقال : والله لا أدري لعله الباطل الذي لا شك فيه .

أما طريقته في الاستنباط وترتيب الأدلة فقد قال : « آخذ بكتاب الله إذا وجدته فإذا لم أجد فيه أخذت بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والآثار الصحاح عنه التي فشت في أيدي الثقات ، فإذا لم أجد في كتاب الله ولا سنة رسول الله أخذت بقول أصحابه من شئت ، وأدع قول من شئت ، ثم لم أخرج عن قولهم إلى قول غيرهم ، فإذا انتهى الأمر إلى ابراهيم والشعبي وابن سيرين وسعيد بن المسيب . وعد رجالاً من التابعين ، فلي أن أجتهد كما اجتهدوا ، وفي رواية فهم رجال ونحن رجال » .

وهذا المسلك فيه رد قاطع على من ادعى أنه كان يترك الحديث ويعمل بالرأي ، نعم إنه كان يتشدد في قبول الحديث والعمل به لما قدمنا من أن

---

(1) راجع كتاب الخيرات الحسان لابن حجر الهيثمي ص ٥٢ ففيه أن قتادة لما نزل الكوفة قال : لا يسألني أحد عن مسألة من الحلال والحرام إلا أجبته ، فسأله أبو حنيفة عن مسألة دقيقة فقال له قتادة : أوقعت هذه المسألة ؟ قالوا لا ، قال فلم تسألوني عما لم يكن ! فقال أبو حنيفة إن العلماء يستعدون للبلاء ويتحرزون منه قبل نزوله ليعرفوا الدخول فيه والخروج منه .

العراق كثر فيه وضع الحديث [1] فوضع شروطاً لقبول الحديث لم يسلم معها إلا القليل ، ومع ذلك لم يطعن أحد من معاصريه الأئمة الأعلام في دينه ، ولا في خلقه ، بل كلهم أثنى عليه ثناء جميلاً .

فهـذا سفيان الثوري وابن المبارك يقولان : أبو حنيفة أفقه الناس ، وقال الامام مالك : إنه لفقيه ، وقال الامام الشافعي : « الناس عيـال في الفقه على أبي حنيفة » .

كان أبو حنيفة ورعاً زاهداً في الدنيا ، ذكياً يحسن التخلص من المآزق .

أمـا ورعه وزهده فيدل عليه أنه امتنع عن تولي القضاء ، وقد طلب له مرتين . الأولى أيام الأمويين ، والثانية في عهد العباسيين في خلافة أبي جعفر المنصور ، فأبى وامتنع ؛ ولم يثنه عـن إبائه ضربه في الأولى ، وحبسه في الثانية .

ومن هنا كان جريئاً في الحق لا يجـامل أحداً على حسابه حتى ولو كان الخليفة نفسه .

يروى أن أهل الموصل نقضوا عهـد المنصور الذي أخذه عليهم وقـد كانوا شرطوا ، إن فعلوا ذلك تحل دماؤهم له ، فجمع المنصور الفقهاء ، وفيهم أبو حنيفة فقال : ألم يصح أنه عليه السلام قال : « المؤمنون عند شروطهم » وأهل الموصل قـد شرطوا ألا يخرجوا علي ، وقد خرجوا على عاملي ، وقـد حلت لي دماؤهم » فقال رجل : يدك مبسوطة عليهم ، وقولك مقبول فيهم ، فإن عفوت فأنت أهل للعفو ، وإن عاقبت فبما يستحقون ، فقال لأبي حنيفة : ما تقول أنت يا شيخ ، ألسنا في خلافة نبوة ، وبيت أمـان ؟ قال : إنهم شرطوا لك ما لا

---

(١) تاريخ بغداد ١٣ ص ٣٦٨ .

يملكونه وشرطت عليهم ما ليس لك ، لأن دم المسلم لا يحل إلا بأحد معان ثلاثة فإن أخذتهم أخذت بما لا يحل ، وشرط الله أحق أن توفي به ، فأمرهم المنصور بالقيام فتفرقوا ثم دعـاه وقال يا شيخ القول مـا قلت، انصرف إلى بلادك ولا تفت الناس بما هو شين على إمامك فتبسط أيدي الخوارج »[1] .

وأما ذكاؤه وحسن تخلصه فيظهر ذلك مما رواه الربيع بن يونس « حاجب المنصور » أنه قال : رأيت أمير المؤمنين المنصور ينازل أبا حنيفة في أمر القضاء ، وأبو حنيفة يقول له : اتق الله ولا تشرك في أمانتك إلا من يخاف الله والله ما أنا بمأمون الرضا فكيف أكون مأمون الغضب ؟. وإني لا أصلح لذلك فقال له : كذبت أنت تصلح له ، فقال : قد حكمت على نفسك يا أمير المؤمنين فكيف يحل لك أن تولي قاضياً على أمانتك وهو كذاب ؟!.

كما كان **حاضر البديهة** ، سريع الجواب فيما يعرض عليه ، قال الليث بن سعد فقيه مصر المتوفي سنة ١٧٥ هـ : إنه شهد مجلس أبي حنيفة بمكة ، وقد سئل في ابن يزوجه أبوه – وليس له غيره – بصرف مال كثير فيطلقها، ويشتري له جارية فيعتقها ، فأوصى أبو حنيفة السائل أن يشتري لنفسه جارية تقع عليها عين الابن « أي تعجبه » ثم يزوجها إياه ، فإن طلقها رجعت مملوكة ، وإن أعتقها لم يجز عتقه ، قال الليث : والله ما أعجبني صوابه كما أعجبني سرعة جوابه[2] .

وبعد ذلك كله كانت له حيل لطيفة للخروج من مآزق الأيمان الملتوية التي تفتن فيها أهل العراق . منها ما جاء في إعلام الموقعين لابن القيم في بحث الحيل . أن رجلاً اتاه بالليل ، فقـال أدركني قبل الفجر وإلا طلقت امرأتي ، فقـال : وما ذاك ؟ قال : « تركت الليلة كلامي » فقلت لها : إن طلع الفجر ولم تكلميني فأنت طالق ثلاثاً ، وقد توسلت اليها بكل أمر أن تكلمني فلم تفعل ، فقال له :

---

(١) المناقب لابن البزازي ج ٢ ص ١٧ .
(٢) الانتقاء لابن عبد البر .

اذهب فمر مؤذن المسجد أن ينزل فيؤذن قبل الفجر فلعلها إذا سمعته تكلمك ، واذهب إليها وناشدها أن تكلمك قبل أن يؤذن المؤذن ، ففعل الرجل وجلس يناشدها وأذن المؤذن فقالت : قد طلع الفجر وتخلصت منك فقال : قد كلمتني قبل الفجر وتخلصت من اليمين ، قال ابن القيم : وهذا من أحسن الحيل .

أصول مذهب أبي حنيفة :

سبق أن بينا طريقته في الاستنباط وترتيب الأدلة ، وهي أنه يأخذ بكتاب الله ثم بسنة رسول الله ، ثم بأقوال الصحابة ، فإذا لم يجد شيئاً من ذلك اجتهد.

وفي هذا إجمال للمصادر التي يستند إليها ، وتفصيلها كما في كتب أصحابه . أنه يأخذ بالكتاب ما كان يقدم عليه شيئاً ثم بالسنة التي توفر فيها ما شرطه من الشهرة ، وإن كان المروى عنه من الفروع يفيد أنه أخذ بأحاديث لم يتوفر فيها الشهرة ، بل هي من أخبار الآحاد والأحاديث المرسلة « مرسل الصحابي أو التابعي » . والاجماع متى وجد ونقل صحيحاً ، وقول الصحابي فيما ليس للاجتهاد فيه مجال ، لأنه يظنه أثراً رواه الصحابي عن الرسول ولم يسنده إليه . وهذا يقدمه على القياس ، وأما ما فيه مجال للاجتهاد فما كان يقدمه على القياس إلا إذا وجد معه دليلا آخر يرجحه ، ومن هنا تحمل العبارة الواردة عنه مطلقة في العمل بقول الصحابي على أنها مقيدة بما إذا لم يعارضه قياس أو دليل آخر .

وبعد هذا يعمل بالقياس والاستحسان والعرف ، ويلاحظ أن بعض أنواع الاستحسان تتفق مع ما أخذ به غيره من المصالح المرسلة ، فيكون من أصول مذهبه المصالح المرسلة ، وإن لم يأخذ بها بهذا العنوان .

ومما يلاحظ هنا أن أبا حنيفة لم يدون مذهبه بنفسه كما فعل غيره من الأئمة وإنما دونه تلاميذه ، اللهم إلا إذا اعتبرنا أمره لتلاميذه بتدوين المسائل بعد تمحيصها تدويناً ، وفي الحق أن التدوين في هذا الموضع لا يقصد به الا

التدوين المرتب المبوب ، وهو مالم يفعله أبو حنيفة كما بينا ذلك من قبل في بحث تدوين الفقه .

تلاميذه :

كان لأبي حنيفة كثير من التلاميذ ، نترجم لثلاثة منهم اشتهروا معه ، حتى كانت لهم آراء تخالف آراءه ، وهم زفر بن الهزيل ، وأبو يوسف ومحمد بن الحسن .

زفر : هو زفر بن الهزيل بن قيس الكوفي ، عربي من تميم ، كان أبوه والياً على البصرة ، أو أصفهان ، وأمه أمة فارسية ولد سنة ١١٠ هـ ، ولما كبر طلب الحديث ، وتفقه على أبي حنيفة حتى كان من أبرز أصحابه أخذاً بالقياس ، ومن كلماته : نحن لا نأخذ بالرأي ما دام أثر ، وإذا وجد الأثر تركنا الرأي ، وكان جيد اللسان فصيحاً . ناظر أبا يوسف فغلبه [١] .

زهد في الدنيا حتى أنه أكره على القضاء فاختفى ، فهدم منزله ، ثم خرج وأصلحه ، ثم أكره عليه مرة أخرى ، فأبى فهدم منزله مرة ثانية ، فلم يؤثر ذلك في امتناعه [٢] ، وآثر أن يشتغل بالعلم والتعليم حتى توفي سنة ١٥٨ هـ بالبصرة بعد وفاة إمامه بثماني سنوات ، ويذكر اسمه في كتب الحنفية كثيراً غير منسوب للصحبة .

---

(١) لعل ذلك كان في مناظرته معه قبل أن ينتقل أبو يوسف إلى أبي حنيفة وقد عدها العلماء سبباً من اسباب ترك ابي يوسف تلمذته لابن ابي ليلى وتحوله للتلمذة على ابي حنيفة كما يقول السرخسي في مبسوطه جـ ٢ ص ١٢٩ .

(٢) راجع الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ٧٦ ، والمؤرخون يذكرون امتناعه عن تولي القضاء عند المقارنة بينه وبين أبي يوسف الذي تولاه ، ولذلك وصفوه بأنه أورع من ابي يوسف. هذا وقد ذكر الشيخ السنهوري في مقدمة الموسوعة جـ ١ ص٢٨ ان زفر تولى قضاء البصرة وكان مع ذلك يدرس الفقه للناس وينسب آراءه الى ابي حنيفة حتى حببهم في فقهه .

أبو يوسف :[1] . هو يعقوب بن إبراهيم الأنصاري عربي الأصل ، ولد بالكوفة سنة ١١٣ هـ ، نشأ فقيراً معدماً كما ينشأ النبغاء ، فلما وصل حد التمييز سمع الحديث ، ثم اشتغل بروايته حتى عد من المحدثين ، وتفقه أولاً على ابن أبي ليلى المتوفى سنة ١٤٨ هـ فتعلم بين يديه تسع سنين ، ثم انتقل إلى أبي حنيفه لما رأى فيه من سعة الأفق وكثرة العلم فتعلم عليه تسعاً أخرى فكان من أكبر تلاميذه ، وأعانه أبو حنيفة لفقر والديه ، فكان يمده بالمال بين الحين والآخر كما حدث عن نفسه .[2]

تولى القضاء لثلاثة من خلفاء العباسيين . المهدي ، والهادي ، والرشيد من سنة ١٦٦ هـ إلى أن توفى سنة ١٨٣ هـ . وكان أول من تولى منصب قاضي القضاة [3] في عهد الرشيد . وهو منصب خطير لأنه جزء من حقوق الخلافة

---

(١) كني بأبي يوسف لأن أحد أولاده كان يسمى يوسف تولى القضاء بالجانب الغربي من من بغداد في عهد أبيه قاضي القضاة .

(٢) كنت أطلب الحديث والفقه ، وأنا رث الحال ، فجاءني أبي يوماً وأنا عند أبي حنيفة فانصرفت معه ، فقال لي يا بني : لا تمدد رجلك مع أبي حنيفة ، فإن أبا حنيفة خبزه مستو . وأنت تحتاج إلى المعاش ، فقصرت عنه كثيراً في الطلب . وآثرت طاعة أبي فتفقدني أبو حنيفة وسأل عني فجعلت أتعاهد مجلسه ، فلما كان أول يوم أتيته بعد تأخري ، قال ماذا شغلك عنا ، قلت الشغل بالمعاش ، وطاعة والدي ، فجلست ولما انصرف الناس دفع إلي صرة وقال : استمتع بها فاذا فيها مائة درهم ، وقال لي إلزم الحلقة وإذا فرغت هذه فأعلمني فلزمت الحلقة فلما مضت مدة يسيرة دفع إلي مائة أخرى، ثم كان يتعهدني وما أعلمته بخلة قط ولا أخبرته بنفاذ شيء ، وكأنه كان يخبر بنفاذها حتى استغنيت وتحولت . وقيل إن والده مات وهو صغير ، وأن أمه هي التي أنكرت عليه حضور الحلقة بعد أن كانت أسلمته إلى قصاب يتعلم منه ويعيش في كنفه .

(٣) ونظام قاضي القضاة فارسي الأصل وأول من أدخله في الدولة الاسلامية البرامكة في عهد هارون الرشيد ، وأول قاض وصف بهذا الوصف هو أبو يوسف ثم أستمر في بغداد لم يكن يلقب به إلا فيها إلى أن تمزقت الدولة العباسية وتعددت الخلافة في أنحائها فانتقل اللقب =

الإسلامية إذ كان الخليفة يباشره بنفسه ، فلما أسند إليه وأصبحت تولية القضاة راجعة إليه في ولايات الدولة لم يكن يستعمل على القضاء إلا من كان حنفياً ، وبهذا ساعد على انتشار المذهب واعتناق العلماء له .

وهنا قد يتساءل إنسان . كيف ساغ لأبي يوسف أن يخالف طريقة إمامه ويتعاون مع هؤلاء الخلفاء ؟ (١)

ونحن نجيب عن هذا التساؤل ، بأنه قد تكون الحاجة هي التي دفعت أبا يوسف إلى قبول الوظيفة ، لأنه لم يكن صاحب تجارة ولا صناعة تقوم بحاجته .

ولم يكن له مذهب سياسي يخالف مذهب الخلفاء ، فقد كان أبو حنيفة يميل إلى العلويين ويعمل على مساعدتهم وكثيراً ما تعرض لذلك في درسه ، ولعله كان السبب الأول في محنته .

على أن أبا يوسف لم يمالىء الخلفاء على حساب الحق ، بل التاريخ يحدثنا عنه أنه أقام العدل ، وأدى واجبه كفقيه ، فنصيحته لهارون الرشيد في مقدمة كتابه (٢) الخراج تشهد بذلك ، وكيف يمالىء الخليفة وهو الذي حكم عليه

= إلى البلدان الأخرى وأول من أدخله في مصر دولة العبيديين وأول قاض لقب فيها هو ابو الحسن علي بن النعمان الذي تولى القضاء في سنة ٣٦٦ هـ وكان شيعياً غالياً وشاعراً مجيدا كما يقول السيوطي في حسن المحاضرة .

(١) ومن الغريب أنه كان تتلمذ على ابن ابي ليلى فلما ولى ابن أبي ليلى القضاء كره ذلك من استاذه وتحول إلى ابي حنيفة الذي أبى ان يتولاه فابتلاه الله به حتى تقلد القضاء وصار صفة له يعرف بها بين أصحاب أبي حنيفة فيقال أبو يوسف القاضي ولا يقال لأحد سواه ممن تقلد منهم القضاء المبسوط ج ٣ ص ١٢٨ .

(٢) جاء فيها موجهاً الخطاب إلى أمير المؤمنين: لا تؤخر عمل اليوم الى غد فإنك اذا فعلت ذلك أضعت ، ان الأجل دون الأمل ، فبادر الأجل بالعمل فانه لا عمل بعد الأجل ، ان الرعاة =

ونصر خصمه ، واذا عرفنا أن الخصومة كانت مع نصراني لأكبرناه ؟ !

فقد وقع بين الرشيد ونصراني خصومة ورفع أمرها إلى القاضي أبي يوسف فحكم على الرشيد ، وحين أدركته الوفاة قال : اللهم إنك تعلم أني وليت هذا الأمر فلم أمل إلى أحد الخصمين حتى بالقلب إلا في خصومة نصراني مع الرشيد لم أسو بينهما وقضيت على الرشيد وبكى !! [1]

= مؤدون إلى ربهم ما يؤدي الراعي إلى ربه فأقم الحق فيما ولاك الله وقلدك ولو ساعة من نهار ، فان اسعد الرعاة عند الله يوم القيامة راع سعدت به رعيته ، ولا تزغ فتزيغ رعيتك ، وإياك والأمر بالهوى والأخذ بالغضب ، واذا نظرت الى امرين أحدهما للاخرة والاخر للدنيا فاختر أمر الاخرة على أمر الدنيا فان الاخرة تبقى والدنيا تفنى ، وكن من خشية الله على حذر . واجعل الناس عندك في امر الله سواء القريب والبعيد ، ولا تخف في الله لومة لائم واحذر فان الحذر بالقلب وليس باللسان ، واتق الله فان التقوى بالتوقي ومن يتق الله يقه ، واعمل لأجل مفضوض وسبيل مسلوك وطريق مأخوذ وعمل محفوظ ، ومنهل مورود فان ذلك المورد الحق والموقف الأعظم الذي تطير فيه القلوب وتنقطع فيه الحجج لعزة ملك قهرهم جبروته والخلق له داخرون بين يديه ينتظرون قضاءه ويخافون عقوبته وكأن ذلك قد كان ...

ثم يقول : فالله الله فان البقاء قليل والخطب خطير والدنيا هالكة وهالك من فيها والاخرة هي دار القرار ، فلا تلق الله غدا وأنت سالك سبيل المعتدين فإن ديان يوم الدين إنما يدين العباد بأعمالهم ولا يدينهم بمنازلهم ، وقد حذر الله فاحذر فانك لم تخلق عبثاً ، ولا تترك سدى ! وان الله سائلك عما أنت فيه وعما عملت به فانظر ما الجواب .

وبعد كلام يقول : فاحذر أن تضيع رعيتك فيستوفي ربها حقها منك ويضيعك - بما أضعت - أجرك الخ . »

(١) في المبسوط حـ ١٦ ص ٦١ : حكي أن أبا يوسف رحمه الله قال في مناجاته عند موته: اللهم إن كنت تعلم انني تركت العدل بين الخصمين الا في حادثة واحدة فاغفرها لي : قيل وما تلك الحادثة قال : أدعى نصراني على أمير المؤمنين دعوى فلم يمكنني أن آمر الخليفة بالقيام من مجلسه والمحاباة مع خصمه ولكني رفعت النصراني الى جانب البساط بقدر ما أمكنني ثم سمعت الخصومة قبل أن أسوي بينهما في المجلس فهذا كان جوري .

وقد خوصم أمير المؤمنين الهادي إليه في بستان وكان الحكم في الظاهر للهادي وفي الباطن خلاف ذلك ، فقال الهادي لأبي يوسف : ما صنعت في الأمر الذي نتنازع إليك فيه ؟ فقال خصم أمير المؤمنين يسألني أن أحلف أمير المؤمنين أن شهوده شهدوا على حق ، فقال له الهادي : وترى ذلك ؟ قال فقد كان ابن أبي ليلى يراه ، فقال اردد البستان عليه ، وإنما احتال عليه أبو يوسف لعلمه أن الهادي لا يحلف .[1]

ولقد رد شهادة الفضل بن الربيع لما شهد أمامه في خصومة ، فشكاه إلى الخليفة الذي قال له : إن وزيري رجل دين لا يشهد الزور فلم رددت شهادته ؟ قال لأني سمعته يقول يوماً للخليفة أنا عبدك ، فإن كان صادقاً فلا شهادة للعبد ، وإن كان كاذباً فكذلك فعذره الخليفة .

وبعد : فإن أبا يوسف[2] هو أول من صنف في مذهب إمامه . ألف كتباً كثيرة لم يصلنا منها إلا بعضها ، ككتاب الخراج ، وكتاب الرد على سير الأوزاعي ، وكتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى[3] .

رحل إلى المدينة ، وأخذ عن الإمام مالك بعد أن ناظره في كثير من المسائل

(١) راجع تاريخ القضاء في الاسلام والبحر الرائق ج ص ١٠٠ .

(٢) وهو أول من غير لباس العلماء الى هيئة خاصة وكان لباس الناس قبل ذلك شيئاً واحدا لا تميز فيه لأحد على أحد .

(٣) ألف هذا الكتاب بعد أن تتلمذ على ابن أبي ليلى تسع سنين وعلى أبي حنفية مثلها فأراد أن يجمع بين المسائل التي كان الاختلاف فيها بين أستاذيه وتارة يرجح رأي أستاذه الأول وأخرى يرجح رأي استاذه الثاني ثم اخذ محمد بن الحسن هذا الأصل وزاد عليه بعض ما كان سمعه من غيره ولذلك عد هذا الكتاب من تأليف محمد ايضاً . المبسوط جـ ٣ ص ١٢٩ .

ولما رجع إلى العراق عمل على التقريب بين المذهبين ، مذهب الحجازيين ، ومذهب العراقيين ، وكانت وفاته ببغداد لأنه انتقل إليها مع إمامه بعد بنائها وبقي بها إلى أن توفي فيها .

محمد بن الحسن الشيباني، كان أبوه من الشام ، وفد إلى العراق فولد له محمد بواسط سنة ١٣٢ هـ ، وهو من الموالي ، ونسبته إلى شيبان بالولاء نشأ بالكوفة وطلب الحديث وصحب أبا حنيفة ، وأخذ عنه الفقه ، ولكن وفاة الإمام وهو صغير جعلته ينتقل إلى أبي يوسف ، ويتلمذ له ، ونبغ في ذلك حتى سبق شيخه أبا يوسف ، ولهذا حصلت بينهما وحشة في أواخر أيام أبي يوسف .

رحل إلى المدينة ، وأخذ عن الإمام مالك ثلاث سنين ، وروى الموطأ عنه وأخذ عنه الشافعي ،وقد أثر في فقهه لقاؤه لمالك والشافعي ،وإليه يرجع الفضل في تدوين مذهب أبي حنيفة بما ألفه من كتب كثيرة .

تولى القضاء في عهد الرشيد بالرقة ، ثم عزل سنة ١٨٧ هـ ، ورجع إلى بغداد ، وتوفي وهو في رحلة مع الرشيد سنة ١٨٩ هـ .

هؤلاء هم أشهر أصحاب أبي حنيفة أخذوا الفقه عنه ، واجتهدوا بعده ، وخالفوه في كثير من المسائل ، ولذا تذكر آراؤهم في كتب الحنفية مع أراء إمامهم ، إما موافقين ، أو مخالفين . كلهم أو بعضهم ، أما زفر فيذكر رأيه منسوباً إلى اسمه ، وأما أبو حنفية وأبو يوسف ومحمد فتارة يتفق رأيهم وتارة يختلف ، فإذا كان لأحدهم رأي منفرد نسب إلى اسمه ، وإن اجتمع اثنان على رأي فإن كان أبو حنيفة وأبو يوسف معاً قيل : هذا رأي الشيخين لأنهما شيخا محمد بن الحسن ، وإذا كان أبو حنيفة ومحمد قيل : هذا رأي الطرفين لأن أبا يوسف يتوسطهما في السن ، وإذا كان أبو يوسف ومحمد قيل هذا

رأي الصاحبين . لأنهما صاحبا أبي حنيفة ، وإليهما يرجع الفضل في تـدوين المذهب ونشره ، وإذا اتفق الكل قيل : هذا رأي أئمتنا ، ويقابله راي غيرهم من الأئمة الآخرين .

هذا وقد قسم علماء الحنفية مسائل الفقه عندهم إلى ثلاث طبقات .

الطبقة الأولى ، مسائل الأصول ، والثانية مسائل النوادر ، والثالثـة الفتاوى والواقعات .

أما مسائل الأصول ، وتسمى « ظاهر الرواية » فهي التي رويت عن أبي حنيفة وأصحابه لكنهـا في الغالب تكون قول الإمـام وصاحبيه أبي يوسف ومحمد ، أو قول بعضهم ، كما أشرنا إلى ذلك .

جمع الإمام محمد هذه المسائل في كتب ستة [1] تسمى كتب ظاهر الرواية لأنها رويت عنه برواية الثقات . وهي : المبسوط ، والجامع الصغير ، والجامع الكبير والزيادات . ألفها بعد تأليف الجامع الكبير استدراكا لما فاته فيه من

---

(١) والفرق بـين كتب ابي يوسف وكتب محمـد ان كتب ابي يوسف مملوءة بالاستدلال ، وبيـان وجهـة نظره ونظر إمـامه فيما نقله عنه ، وامـا كتب محمد فهي خالية من الاستدلال ، إلا ما كان يصدر به كل باب من ابوابه بذكر الاثار التي تعتبر بمثابة الأصل في الباب . هـذا اذا استثنينا كتابه الرد عـلى أهـل المدينة الذي نقله الشافعي في الأم فإنـه مملوء بالاستدلال بالآيات والأقيسة ، ولعل السبب في ذلك ان محمداً كان يقصد تدوين المذهب كله فاكتفى بذكر المسائل المجردة .

المسائل والسير الصغير ، والسير الكبير [1] . وهما موضوعان في قوانين الحرب .

هذه الكتب جمعها الحاكم الشهيد المتوفي سنة ٣٣٤ هـ في كتاب الكافي بعد حذف المكرر منها ثم شرح الكافي بعد ذلك محمد بن أبي سهل السرخسي المتوفي سنة ٤٩٠ هـ في كتاب المبسوط ، وهو يقع في ثلاثين جزءاً وطبع في مصر .

وأما مسائل النوادر فهي التي رويت عن أبي حنيفة وأصحابه في كتب أخرى كالهارونيات والكيسانيات والرقيات [2] للامام محمد بن الحسن ، وككتاب المجرد للحسن بن زياد ، وكتاب الأمالي لأبي يوسف [3] .

وأما الفتاوى والواقعات فهي المسائل التي استنبطها المجتهدون في المذهب من علماء الحنفية لما سئلوا عن هذه المسائل ، ولم يجدوا فيها رواية عن أهل المذهب المتقدمين ، وأول كتاب عرف في هذا الموضوع كتاب النوازل للفقيه أبي الليث السمرقندي المتوفي سنة ٣٧٣ هـ . كما يقول ابن عابدين ، ثم مجموع النوازل والواقعات للناطفي . والواقعات للصدر الشهيد ، وقد قدمنا ذكر أمثلة لكتب الفتاوى ، وهي تخالف هذه في أن ما فيها مأخوذ من كتب الفقه ، وقليل منه مستنبط حكمه .

ومذهب الحنفية تنقل في بلاد كثيرة ، وهو الآن المذهب الغالب من مذاهب

---

(١) قيل في تعليل التكرار في أسماء كتبه . الجامع الكبير والجامع الصغير ، والسير الكبير والصغير : إن اسم الصغير . جمع المسائل التي اتفق فيها مع أبي يوسف فرواه عنه أو اطلع عليه ، ولذلك يقول في أول كل فصل « محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة » وأما الكبير فمن صنعه وحده ولم يروه عن أبي يوسف .

(٢) الهارونيات ، مسائل أملاها في دولة هارون الرشيد ، والكيسانيات نسبة إلى راويها شعيب بن سليمان الكيساني . والرقيات كتاب جمع فيه ما عرض له من المسائل وهو قاضي الرقة .

(٣) والأمالي جمع إملاء . وهو أن يجلس العالم وحوله تلامذه بالمحابر والقراطيس فيتكلم بما يفتح الله عليه فيكتبه عنه التلاميذ .

أهل السنة في جمهورية العراق والجمهورية السورية والباكستان ، والأفغانستان وتركيا . وفي البرازيل بأمريكا الجنوبية .

المذهب المالكي

في رحاب المدينة مهبط الوحي ، ومقر التشريع قرابة أربعين عاماً في عصري النبوة والخلفاء الراشدين ، وموطن جمهرة الصحابة ، ومحط رحال الفقهاء والعلماء ، حيث تروى أحاديث الرسول القولية ، ويتابع الناس العمل بسنته العملية جيلاً بعد جيل ، ويتناقلون سنة الخلفاء من بعده .

في هذا الجو العلمي الروحي نشأ المذهب المالكي أسس بنيانه ، وشيد أركانه ، ووطأ طرقه وعبدها إمام دار الهجرة مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي ، سليل بيت العلم . فجده مالك تابعي كبير ، وجده الأعلى أبو عامر صحابي جليل ، ونسبته إلى قبيلة ذي أصبح اليمنية ، جاء أحد أجداده إلى المدينة وسكنها وتناسل حتى ولد له هذا الإمام سنة ٩٣ هـ ، فلما كبر تلقى العلم والحديث عن شيوخها الكثيرين ، ولما كمل عقله ، وتم نضجه وتأهل للتدريس جلس له وسط حلقات شيوخه بعد أن شهد له منهم سبعون شيخا كما أخبر عن نفسه . ولقد حببت له المدينة موطنه ومدرسته ، فآثرها بما حباه الله من فضل وعلم ، فظل فيها طول حياته — لم يخرج منها إلا للحج — يفتي ويعلم حتى توفي سنة ١٧٩ هـ في خلافة الرشيد .

ولقد قصده العلماء والطلاب من كل قطر ليأخذوا عنه ، فانتشر مذهبه في كثير من الأقطار على أيدي هؤلاء التلاميذ .

شهد له الأئمة بالفضل والأمانة والعلم ، حتى قيل : لا يفتى ومالك بالمدينة .

أنظر اليه وقد جاءه رجل في مسألة ليستفته ، فيقول له : لا أحسنها ، فلما قال له الرجل : تقول لا أحسنها وقد ضربت اليك الأرض من كذا وكذا لأسألك عنها ؟ ماذا أقول لأهلي ؟ قال : قل لهم سألت مالكاً فقال : لا أحسنها .

وكان يقول : « إن هذا العلم دين فانظروا عمن تأخذون دينكم ، لقد أدركت سبعين ممن يقولون : قال رسول الله عند هذه الأساطين « عمد المسجد » فما أخذت عنهم شيئاً ، وأن أحدهم لو أؤتمن على بيد مال لكان أميناً » .

زهد في الدنيا ، ولم يركن اليها ، يدل لذلك أن الرشيد لما أراد الرجوع إلى العراق بعد تمام حجه قال له : ينبغي أن تخرج معي ، فإني عزمت أن أحمل الناس على الموطأ كما حمل عثمان الناس على القرآن ، فقال : أما حمل الناس على الموطأ فليس إلى ذلك سبيل ، لأن أصحاب رسول الله افترقوا بعده في الأمصار فحدثوا فعند أهل كل مصر علم ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « اختلاف أمتي رحمة » ، وأما الخروج معك فلا سبيل إليه ، لأن رسول الله قال : « سيخرجون بعدي من المدينة لأجل الدنيا ، والمدينة خير لهم لو كانوا يعلمون [1] .

حافظ على جلال العلم وعزته ، فها هو ذا يأبى أن ينتقل إلى بيت الخليفة هارون الرشيد لما طلب منه الحضور إليه ليسمع منه ابناه الأمين والمأمون كتابه الموطأ ويقول في صراحة مقنعة : أعز الله أمير المؤمنين إن هذا العلم منكم خرج، فإن أنتم أعززتموه يعز ، وإن أذللتموه ذل ، والعلم يؤتى ولا يأتي ، فقال : صدقت ، أخرجا إلى المسجد حتى تسمعا مع الناس ، قال مالك . بشريطة ألا يتخطيا رقاب الناس ، ويجلسا حيث ينتهي بهما المجلس ، فحضرا بهذا الشرط [2] .

---

(١) مفتاح السعادة ج ٢ ص ٨٧ .
(٢) المرجع السابق ص ٨٦ .

وقد امتحن سنة ١٤٧ هـ . وضرب [١] بالسياط . وانفكت ذراعه ، وبقي مريضاً حتى مات ، وسببها أنه أفتى بعدم لزوم طلاق المكره ، وقد كانوا يكرهون الناس على الحلف بالطلاق عند البيعة ، فرأوا أن الفتوى تنقض البيعة وتهون الثورة عليهم ، وقيل في سببها : إن تلميذه ابن القاسم سأل عن البغاة : يجوز قتالهم ؟ فقال : إن خرجوا على مثل عمر بن عبد العزيز ، قال : فإن لم يكن مثله ، فقال دعهم ينتقم الله من ظالم بظالم ثم ينتقم من كليهما ، وقيل غير ذلك [٢] .

ألف كتاب الموطأ [٣] ، وأقام في تأليفه وتهذيبه نحو أربعين سنة ، وسماه بذلك لأنه وطأ ومهد للناس ما اشتمل عليه من الحديث والفقه . أو لأن العلماء

---

(١) ضربه جعفر بن سليمان والي المدينة .

(٢) فقد روي أن مالكاً سأل عن سيرة « عبد الرحمن بن معاوية » الداخل إلى الأندلس والتملك بجزيرته فقيل له : انه يأكل خبز الشعير ويلبس الصوف ويجاهد في سبيل الله وعددت له مناقبه فقال مالك : ليت أن الله يزين حرمنا بمثله . وبلغ ذلك عبد الرحمن فسر به حين نقم عليه العباسيون ذلك .

(٣) ألفه في أواخر عهد المنصور وانتهى منه لأول مرة سنة ١٤٨ هـ ، وجملة ما فيه من الآثار عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن الصحابة والتابعين ١٧٣٠ حديثاً ، المسند منها ٦٠٠ ، والمرسل ٢٢٢ ، والموقوف ٦١٣ ، ومن أقوال التابعين .

وقيل انه روى مائة الف حديث اختار منها في الموطأ عشرة آلاف . ثم لم يزل يعرضها على الكتاب والسنة العملية حتى رجعت الى ٥٠٠ حديث مسند .

ولقد روى الموطأ بروايات كثيرة ، قيل انها بلغت عشرين أو ثلاثين لم يصلنا منها الا اثنتان ، رواية يحيى بن يحيى (المتوفي سنة ٢٣٤ هـ) ، ورواية محمد بن الحسن . والاختلاف كثير بين هذه الروايات وسببه يرجع الى اختلاف أوقات سماع هؤلاء الرواة من الامام ، وكثرة تغييره وتعديله فيه ، ويجب أن يلاحظ أن كتاب الموطأ ليس من كتب الحديث ، بل كتاب جمع بين الحديث والفقه لأن طريقة تأليفه أن يذكر الأحاديث والآثار التي صحت عنده في الموضوع الواحد ويعقبها بذكر أجوبة المسائل التي سئل عنها ، وقد يبدأ بذكر المسألة وحكمها وما يدل على هذا الحكم من أدلة .

وأحياناً يذكر حكم علماء المدينة فيقول : « الأمر الذي لا خلاف فيه عندنا » .

المعاصرين له بالمدينة واطئوه ووافقوه عليه ، وهو كتاب جمع بين الحديث والفقه .

ومن الكتب التي حفظت المذهب . كتاب المدونة التي رواها سحنون عن ابن القاسم عن الإمام مالك رضي الله عنه ، وغيرها من الكتب .

أصول مذهبه : الكتاب ثم السنة ثم الإجماع الذي يعبر عنه بقوله : « إنه الأمر المجتمع عليه » ، والقياس ، وأعطى لعمل أهل المدينة منزلة في العمل حتى كان يقدمه على خبر الواحد من الأحاديث إذا كان مخالفاً له ، لأن عملهم في نظره بمنزلة مرويهم . فهم توارثوه عمن سبقهم طبقة عن طبقة إلى الصحابة . وكان يعبر عنه بقوله : « ذلك الذي عليه أمر الناس عندنا » أو « الذي عليه الأمر عندنا » فإذا اختلفوا اختار من أقوالهم واستحسن منها ، ويشير إليه بقوله : « وعند بعض أهل العلم ببلدنا ، وخالفه غيره من الأئمة في ذلك استناداً إلى أن كثيراً من الصحابة خرج بما معه من السنة إلى الأمصار الأخرى ، ولم تكن السنة مقصورة على أهل المدينة فقط حتى يقال : إن عملهم بمنزلة مرويهم ، وقد عمل أيضاً بالمصالح المرسلة ، وتوسع في العمل بها حتى نسب العمل بها إليه دون سائر الأئمة ، كما عمل بالاستحسان في مسائل كثيرة ، وبأقوال الصحابة متى صح سندها ولم يرد في موضعها حديث .

ومن هنا لم يكن الإمام مالك من مدرسة أهل الحديث التي تكره الرأي والعمل به ، بل كان من مدرسة أهل الرأي المعتدلين في الأخذ به ، أو من مدرسة الحديث الذين لم يقفوا جامدين عند النصوص ، ذلك أنه لم يقتصر على الإفتاء فيما وقع في بلده ، بل أفتى فيه وفيما وقع في البلدان الأخرى حيثما سأله تلاميذه القادمون عليه من كافة الأقطار .

تلاميذه : كان للامام مالك تلاميذ كثيرون ، تفقهوا عليه ، ثم نشروا مذهبه في الشرق والغرب نذكر منهم :

١ – أبو عبد الرحمن بن القاسم ولد سنة ١٢٨ هـ . وتوفي بمصر سنة ١٩١ هـ . سافر من مصر إلى المدينة ، ومكث يتلقى العلم عن الإمـام مدة عشرين سنة ، حتى صار أول التلاميذ ، وخرج بشهـادة عظيمة من إمامه ، فقد سئل مالك عن ابن القاسم وابن وهب فقال : « ابن وهب عالم وابن القاسم فقيه » ، بلغ درجة الاجتهاد المطلق ، ولكنه لم يستقل برأي خاص ، كما فعل أبو يوسف ومحمد بن الحسن مع إمامهما ، وهو صاحب المدونة الـتي حفظت المذهب ورواها عنه سحنون .

٢ – أبو محمد عبد الله بن وهب بن مسلم ولد سنة ١٢٥ هـ ، وتوفي في أواخر القرن الثاني قبل سنة ١٩٧ هـ ، رحل إلى الإمام لتلقي العلم عنه سنة ١٤٨ هـ ، وبقي معه مدة طويلة خرج بعدها بلقب المفتي ، لقبه إمامه به ، فقد كان الإمام إذا راسله يكتب إليه إلى ابن وهب المفتي ، ولم يكتب لغيره بهذا اللقب ، ومع هذه المنزلة في الفقه كان ورعاً زاهداً في المناصب . أبى أن يتولى القضاء بمصر لما عرض عليه ، واختفى ولزم بيته .

٣ – أشهب بن عبد العزيز القيسي ولد سنة ١٤٥ هـ ، وتوفي سنة ٢٠٤ هـ ، بعد وفاة الإمام الشافعي بثمانية عشر يوماً ، كان فقيهاً بارعاً انتهت إليـه رياسة المذهب بمصر بعد ابن القـاسم ، شهد له الإمام الشافعي بأنه لم يشهد أفقه منه في زمانه .

٤ – أبو محمد عبد الله بن عبد الحكم المصري ولد بالاسكندرية سنة ١٦٥ هـ ، وتوفي سنة ٢١٤ هـ ، فقيه كبير انتهت إليه رياسة المذهب بعد أشهب ، وكان مع فقهه صاحب جاه ومال . ولما جاء الشافعي إلى مصر نزل ضيفاً عليه .
وتفقه عليه ابنه محمد حتى صار إماماً في الفقه مثل أبيه .

٥ – أصبغ بن الفرج الأموي . تفقه على ابن القاسم وأشهب بن وهب ، ولم يأخذ عن الإمـام ، لأنه دخل المدينة حين توفي ، وبالرغم من عدم لقياه للامام

وأخذه عنه مباشرة إلا أنه كان من أعلم خلق الله بآراء مالك ، يعرفها مسألة مسألة ، ويعرف متى قالها ، ومن خالفه فيها . وهي مرتبة كبيرة لا يصل إليها إلا قليل من التلاميذ ، وتوفي سنة ٢٢٥ هـ.

٦ — محمد بن ابراهيم الاسكندري المعروف بابن المواز . فقيه كبير ألف كتابه المشهور بالموازية ، رد فيه فروع المذهب إلى أصوله ، حتى قيل عنه ، إنه أجل كتاب ألفه تلاميذ الإمام مالك ، وتوفي سنة ٢٦٩ هـ .

هؤلاء كلهم مصريون ، وللامام تلاميذ غيرهم في كل الجهات منهم .

١ — أسد بن الفرات التونسي النشأة أخذ الفقه عن مالك ، ثم انتقل إلى العراق ، وأخذ عن أصحاب أبي حنيفة ،ثم جاء إلى مصر وعرض على ابن القاسم ما أخذه من فقه الحنفية ، فأفتاه في هذه المسائل بحكمها في مذهب مالك . فرتب ذلك في كتاب سمي بالأسدية . ومع هذا الفقه والرحلات فيه كان مجاهداً عظيماً تولى قيادة جيش لغزو صقلية فمات شهيداً ٢١٣ هـ .

١ — سحنون وهو عبد السلام بن سعيد التنوخي. أصله شامي من حمص ولد سنة ١٦٠ هـ ، ثم انتقل إلى القيروان بشمال أفريقيا مع أبيه ، فأخذ العلم عن علمائها،ثم انتقل إلى مصر،وأخذ فقه مالك من ابن القاسم وأشهب وابن وهب ، ولقد عرض على ابن القاسم مدونة أسد بن الفرات فصححها له ، ثم رجع بها إلى القيروان ونشرها هناك ، وترك الناس مدونة أسد « الأسدية » لامتناعه عن تغييرها ، وتولى القضاء في عهد بني الأغلب مجاناً ، فلم يكن يأخذ عليه أجراً ، بل يأخذ لأعوانه فقط ، وتوفي سنة ٢٤٠ هـ.

ومذهب مالك تنقل في بلاد كثيرة ، وهو الآن الغالب في صعيد مصر والسودان ، والكويت وقطر والبحرين . والأحساء مع المذهب الحنبلي ، وفي بلاد المغرب كلها .

موازنة بين المذهبين « الحنفي والمالكي »

بعد هذا العرض نستطيع أن نوازن بين هذين المذهبين فنقول :

إنهما يتوافقان في العمل بالكتاب والسنة ، والإجماع والرأي ، وأن الكتاب مقدم على كل ما عداه ، ويجيء بعده السنة الصحيحة التي لا يعارضها شيء آخر ، ثم الاجماع متى صح ونقل نقلا صحيحاً ، ثم الرأي وهو لا ينحصر عندهما في القياس كما ذهب إليه بعض الأئمة ، وقد اتفقا على العمل بأقوال الصحابة المتفق عليها والمختلف فيها ، وبعد ذلك يفترقان في أمور منها :

أولا . أن أبا حنيفة شرط في العمل بالسنة أن يكون الحديث مشهوراً إذا كان في موضع تعم فيه البلوى فإذا لم يكن مشهوراً تركه لاحتمال أنه موضوع ، وفي غير مواضع عموم البلوى يعمل بأحاديث الآحاد المسندة ، والمرسلة التي أرسلها الصحابي أو التابعي لا يقدم عليها شيئاً وافقت عمل أهل المدينة أو خالفته .

والإمام مالك لم يشترط الشهرة في الحديث ، ولكنه شرط في أحاديث الآحاد عدم مخالفتها لعمل أهل المدينة ، فإذا خالف الحديث عمل أهل المدينة تركه وعمل بما عليه أهل المدينة ، لأنه يري أن عملهم بمنزلة مرويهم ، فهو في نظره سنة عملية متوارثة متفق عليها . فتكون أقوى من حديث الآحاد ، بل تفيد أنه منسوخ .

ثانياً : إن الإجماع في نظر أبي حنيفة هو الإجماع العام الذي يكون من جميع المجتهدين في جميع البلدان سواء أكان صريحاً أم سكوتياً ، ولم يرد بـه إجماع علماء بلد بذاته ، والإمام مالك يتوسع فيه فيجعله شاملا للإجماع العام ، ولإجماع أهل المدينة .

ثالثاً: إن أبا حنيفة توسع في استعمال الرأي حتى عد من مدرسة أهل الراي، بل اعتبر أمامها ، والإمام مالك لم يتوسع توسعه ، بل أخـــذ منه بقدر حتى اختلف فيه العلماء ، فعده بعضهم من مدرسة أهل الحديث، وآخرون من مدرسة أهل الرأي ، بينما اتفق الجميع على أن أبا حنيفة من مدرسة الرأي .

رابعاً : إن المذهب المالكي اعتمد على المصـالح المرسلة كأصل من الأصول يستند إليها في كثير من الأحكام .

أما المذهب الحنفي فلم يعتبرها أصلاً مستقلاً، بل أخذ منها بقدر تحت عنوان الاستحسان .

خامساً: إن المذهب المالكي مذهب فردي جاء نتيجة اجتهاد إمامه وحده وليس لأصحابه فيه إلا قليل من الأحكام التي استنبطوها بناء على أصول إمامهم لأنه لم يكن فيهم من بلغ درجة الاجتهاد المطلق – ألا ما قيل عن ابن القاسم – كأصحاب أبي حنيفة بل كانوا من المجتهدين في المذهب ، ولذلك قل خلافهم مع إمامهم ، فلم يكن عملاً جماعياً اشترك فيه مع الإمام تلاميذه في حياته وبعد وفاته ، وبعكس هذا كان المذهب الحنفي فقد كان فيهم من بلغ درجة الاجتهاد المطلق كأبي يوسف ومحمد ، ومن هنا كثر اختلافهم مع الامام حتى قيل - بحق – إن المذهب الحنفي هو جملة مذاهب تجمعت ونسبت إلى إمام واحد .

سادساً : يختلفان في طريقة النقل ، فقد نقل المذهب الحنفي بطريق واحد وهو عمل التلاميذ حيث لم يدونه الإمام بنفسه ، وأمـــا المذهب المالكي فقد نقل بطريقين .

١ – ما كتبه الإمام بنفسه في كتابه الموطأ ٢ – رواية التلاميذ عنه وهم كثيرون من كل قطر .

المذهب الشافعي

في مواطن الفقهاء المختلفة ، وفي نواحي الدولة الإسلامية ، ومن ثنـــايا الرحلات العديدة ، وفي ساحة المناظرات التي وقعت هنا وهناك تكون هذا المذهب وسطاً بين فقه الحجازيين وفقه العراقيين مدون الأصول والفروع بأسلوب عربي رصين من إملاء صاحبه الأول .

أنشأه وأسسه الإمام أبو عبد الله محمـد بن إدريس الشافعي يلتقي نسبه مع رسول الله في عبد مناف ، ولد بغزة بالشام سنة ١٥٠ هـ ، ولم تكن وطن آبائه وإنما انتقل إليها أبوه فولد له هناك ، وتوفي أبوه وهو صغير ، فتولت أمه تربيته فانتقلت به إلى مكة وطن آبائه الأصلي فكان ما حدث به هو عن نفسه قال مرّ علي رجل وأنا أروي الشعر فقال : عز علي ألا يكون مع هذه الفصاحة والذكاء فقه ، فتكون قد سدت أهل زمانك ، فقلت : ومن بقي يقصد ، فقـال هذا مالك سيد المسلمين يومئذ [1] ، فوقع في قلبي ، فاستعرت الموطـأ وحفظته في تسع ليال ورحلت إليه ، وهنـا يقرأ الموطأ عليه عدة مرات ، ويظهر نبوغه ويفيض ذكاؤه عند شيخه فيحظى عنده بالمنزلة الرفيعة ويلازمه حتى وفاته سنة ١٧٩ هـ ، ثم يخرج إلى اليمن ليتولى وظيفة هناك، وفي سنة ١٨٤ هـ انهم بالتشيع ومبايعة أحد أئمة الزيدية، فأخذ إلى العراق، ولما تمت براءته أمام الرشيد وجد الفرصة مهيأة للاتصال بعلماء العراق، فأضاف علمهم إلى ماعنده من علم الحجازيين، ثم عاد إلى مكة ، واختلط بعلمائها ، ومن يفد إليها من علمـاء الأقطار الأخرى للاستفادة أو الحج ، وفي سنة ١٩٥ هـ عاد إلى العراق في خلافة الأمين. ومكث بها سنتين ، ثم رجع إلى مكة، ومنها إلى العراق مرة أخرى سنة ١٩٨ هـ وأقام

---

(١) وقيل إنه بعد رجوعه من البـادية وحفظه كثيراً من أشعارهم تفقه على مسلم بن خالد مفتي الحرم فهو استاذه الأول ، ثم رحل الى المدينة وأخذ عن الامام مالك ، وأيا ما كان فالامام مالك هو الاستاذ الذي اثر فيه حتى خرج من عنده فقيهاً استقل بمذهب خاص .

بها أشهراً كاتب فيها بعض علماء مصر ، حتى إذا ما سنحت له الفرصة جاء إليها ١٩٩ هـ ، وقيل سنة ٢٠٠ هـ ، ولعله جاء في أواخر سنة ١٩٩ ومكث بها حتى توفي سنة ٢٠٤ هـ في خلافة المأمون .

ثناء العلماء عليه

قال الإمام أحمد بن حنبل – كان الشافعي كالشمس للدنيا، و كالعافية للناس فانظر هل لهذين من خلف أو منهما عوض ؟

ويقول : « لولا الشافعي ما عرفنا فقه الحديث » .

وقال ابن هشام النحوي صاحب السيرة: طالت مجالستنا للشافعي فما سمعت منه لحنة قط ، ولا كلمة غيرها أحسن منها وكلامه لغة يحتج بها .

وقال عبد الرحمن بن مهدي ، « لما نظرت الرسالة للشافعي أذهلتني لأنني رأيت كلام رجل عاقل فصيح ناصح فإني لأكثر الدعاء له » .

وقال داود الظاهري : كان الشافعي رحمه الله سراجاً لحمله الآثار ، ونقلة الأخبار ومن تعلق بشيء من بيانه صار محجاجاً [١] .

فقه الشافعي :

كان الشافعي في مبدأ حياته الفقهية متتلمذاً لمالك بن أنس إمام أهل المدينة يأخذ عنه ، ويعمل بتعاليمه ، فلما سافر إلى العراق في المرة الأولى سنة ١٨٤ هـ وجد فقهاً آخر يختلف عن فقه إمامه في طريقته وبعض نواحيه ، فتطلعت نفسه إلى هذا الفقه ، فأخذ عن محمد بن الحسن تلميذ أبي حنيفة فقه الحنفية ، ولم يكن بعمله هذا يبغي إبدال مذهب بمذهب ولا تغيير إمام بإمام ، ولكنها النفس

---

(١) راجع مقدمة كتاب الرسالة .

الكبيرة الراغبة في الاستزادة لا تقنع بفضل ، ولا تقف عند حد، نفس الشافعي الذي أخذ هذا وذاك ليقارن ويفاضل ، ويعرض ما سمعه على كتاب الله وما عنده من حديث رسول الله ، ليصل من ذلك إلى خير ما في الفقهين ، ويجني أطيب ثمرات الطريقتين .

عاش مع هذه المقارنة قرابة عشر سنوات إلى أن قدم قدمته الثانية إلى العراق سنة ١٩٥ هـ . وسنحت له الفرصة ليستقل بالرأي ، ويترك تقليد مالك حينما وجد من العراقيين إقبالا عليه والتفافاً حوله ، وطلبوا منه أن يكتب لهم على كتب الحنفية فألف كتاب الحجة الذي رواه عنه أربعة من تلاميذه العراقيين أحمد بن حنبل ، وأبو ثور ، وابراهيم بن خالد اليماني الكلبي البغدادي المتوفى سنة ٢٤٠ هـ ، وقيل سنة ٢٤٦ هـ ، والزعفراني « الحسن بن محمد الصباح المتوفى سنة ٢٦٠ هـ ، والكرابيسي « أبو علي الحسين بن علي الكرابيسي المتوفى سنة ٢٤٥ هـ .

فعل ذلك بعد أن اتخذ لنفسه طريقة وسطاً بين الطريقتين ، طريقة أهل الحديث الذين يقفون مع النصوص ، ولا يعملون بالرأي إلا في النادر القليل وطريقة أهل الرأي الذين يتوسعون في العمل به ،ويتشددون في قبول الأحاديث وسجل هذه الطريقة في رسالته التي وضعها في أصول الفقه .

ومن هذا الوقت أصبح الشافعي صاحب مذهب خاص ، له أصوله المحددة ومعالمه الواضحة ، يدافع عنه ويهاجم من هاجمه لا يفرق في ذلك بين حجازي وعراقي ، ومن ورائه تلاميذه يعملون به فذاع صيته في العراق وخارج العراق مما جعله يفكر في رحلة أخرى فرجع إلى الحجاز وطنه الأصلي ليودعه ثم يعود إلى العراق مرة ثالثة ليمكث بها أشهراً ، ومنها يرتحل إلى مصر لتكون وطنه الأخير تأخذ علمه ،وتضم رفاته إلى اليوم ، وما أن وصلها حتى وجد بها ما جعله يفكر في إعادة النظر فيما أملاه بالعراق ، وجد أحاديث لم يسمعها من قبل ،

وفقه إمامها الليث بن سعد ، وعادات وتقاليد تغاير ما رآه وشاهده بالعراق والحجاز ، وقد كانت ملكته الفقهية بلغت الغاية فبدأ اجتهاداً جديداً في هذا المجتمع الجديد ، وأملى على تلاميذه مذهبه الجديد الذي رجع فيه عن كثير من مسائل المذهب القديم ، ورواه عنه تلاميذه المصريون وعلى رأسهم البويطي والمزني والربيع المرادي .

ومن هنا كان للشافعي مذهبان . مذهب قديم يعبر عنه في كتب أصحابه بالقول القديم ، وآخر جديد يعبر عنه بالقول الجديد .

أصوله وطريقته في الاجتهاد :

أصول الشافعي واضحة ليست في حاجة إلى استنباط مما نقل عنه من فروع حيث صرح بها ورتبها في غير موضع من كتابه الرسالة والأم ، وهي الكتاب والسنة الثابتة ، والإجماع إن تحقق فان لم يكن فقول الصحابي الذي لا مخالف له فاذا اختلف الصحابة عمل بما يراه اقرب إلى الكتاب أو السنة أو بما يؤيده القياس ، ولا يخرج عن أقوالهم ، ثم يعمل بالقياس على أمر نص على حكمه في الكتاب أو السنة ، أو أجمع عليه ، أو عرف عن الصحابة من غير خلاف [1] .

يقول في كتاب الرسالة [2] « ليس لأحد أبداً أن يقول في شيء حل ولا حرم إلا من جهة العلم . وجهة العلم في الكتاب أو السنة أو الاجماع أو القياس . وفي كتاب الأم [3] والعلم طبقات الأولى الكتاب والسنة إذا ثبتت ، ثم الثانية الاجماع فيما ليس فيه كتاب ولا سنة ، والثالثة أن يقول بعض أصحاب النبي

---

(١) راجع اسباب اختلاف الفقهاء للاستاذ علي الخفيف .
(٢) ص ٣٩ وقريب منه في ص ٥٨
(٣) جـ ٧

كتب أصول الفقه والحديث ، ككتاب أحكام القرآن وإبطـــال الاستحسان وكتاب جماع العلم ، وكتاب القياس وغيرها .

أما الأصول فقد ألف كتابه الرسالة المشهورة أول مؤلف في أصول الفقه . كتبها لما طلب منه عبد الرحمن بن مهدي [1] أن يضع له كتاباً فيه معاني القرآن ويجمع قبول الأخبار فيه ، وحجية الإجماع ، وبيان الناسخ والمنسوخ من القرآن والسنة فوضع له هـــذا الكتاب . وأرسله مع الحارس بن سريج الخوارزمي ، ومن هنا سمي الكتاب بالرسالة ، وحامله بالنقال .

وهذه الرسالة كتبها وهو في مكة ، وقيل ببغداد ، وتعرف بالرسالة القديمة ولما جاء إلى مصر أملاها مرة أخرى على الربيع بعد إملاء أكثر كتبه الـتي في الأم ، وتعرف بالرسالة الجديدة وهي التي وصلتنا وطبعت عدة مرات في مصر. أما الأولى فلم يبق منها شيء ، وبهذا **يكون أهم آثار الشافعي العلمية هي كتاب الرسالة ، وما جاء في كتاب الأم من كتب :**

ومن هنا يكون مذهب الشافعي نقل بطريقين . بما كتبه بنفسه أو أملاه على تلاميذه وبرواية التلاميذ عنه فيما كتبوه من كتب .

تلاميذ الشافعي : كان للشافعي تلاميذ في العراق تلقوا عنه مذهبه القديم وآخرون بمصر تلقوا عنه المذهب الجديد ، وهم كثيرون ، نترجم لثلاثة منهم :

١ – المزني : وهو أبو ابراهيم إسمـــاعيل بن يحيى المزني ولد سنة ١٧٥ هـ وتوفي سنة ٢٦٤ هـ ويعتبر أمهر أصحاب الشافعي لأنه لازمه من حين حضوره إلى مصر إلى أن توفي ، بل والشافعية يعتبرونه مجتهداً مطلقـاً حيث إنه خالف

---

(١) هو امام من أئمة الحديث ولد سنة ١٣٥ هـ وتوفي في سنة ١٩٨ هـ . وقال فيه الشافعي : لا أعرف له نظيراً في الدنيا .

إمـامه في بعض آرائه ، وألف في المذهب كتباً كانت سبباً في نشر المذهب وحفظه منها مختصره المطبوع على هامش كتاب الأم .

٢ – **الربيع المرادي** : ولد سنة ١٧٤ هـ وقد كان مؤذناً بالجـامع العتيق الذي بناه عمرو بن العاص بالفسطاط، فلما حضر الشافعي إلى مصر تولى خدمته وأخذ العلم عنه ، قال الشافعي فيه : مـا خدمني أحد ما خدمني الربيع ولو أمكنني أن أطعمه العلم لأطعمته ، وهو راوي كتاب الأم عن الشافعي . سمعه منه وكتب نسخة في حياة شيخه ، ولما توفي قرأها على الناس وزاد فيها بعض الشيء مما يعارض به شيخه أو يخالفه فيه ، وهـذه الزيادة لا تخرج الكتاب عن كونه كتاب الشافعي وإنما تعتبر كالتعليق عليه ، كما روى الرسالة وغيرها من كتب الشافعي ، وتوفي رحمه الله سنة ٢٧٠ هـ .

٣ – **البويطي** : هـو أبو يعقوب يوسف بن يحيى البويطي من قرية في صعيد مصر تسمى « بويط » بمحافظة بني سويف أخذ العلم عن الشافعي حتى أصبح خليفته من بعده في حلقة درسه ، وقد سئل الشافعي حين حضرته الوفاة عمن يخلفه في مجلسه فقـال : ليس أحد أحق بمجلسي من أبي يعقوب ، وليس أحد من أصحابي أعلم منه ، ثم إنـه وشى به إلى الخليفة الواثق بالله أيام المحنة بالقول بخلق القرآن فأمر بإحضاره إلى بغداد مقيداً ، وطلب منه القول بخلق القرآن فأبى فأمر به فحبس ببغداد إلى أن توفي سنة ٢٣١ هـ ، ومما يروى عنه أنه كان يوم الجمعة في سجنه يغتسل ويغسل ثيابه . فإذا سمع الأذان مشى إلى باب السجن فيقول له السجان : إلى أين ؟ فيقول : أجيب داعي الله ، فيقول له : إرجع يرحمك الله ، فيقول : اللهم إني أجبت داعيك فمنعوني .

ومذهب الشافعي موجود الآن بالوجه البحري من الجمهورية العربية المتحدة وفي فلسطين وعدن وحضرموت، وموجود بقلة في العراق والباكستان والمملكة السعودية ، وهو المذهب الغالب أو الرسمي في أندونسيا .

المذهب الحنبلي

صاحب هذا المذهب ومؤسسه هو أبو عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني ، ولد ببغداد سنة ١٦٤ هـ ونشأ بها . مات والده وهو صغير **فتعهدته أمه ووجهته** إلى دراسة العلوم الدينية ، فحفظ القرآن وتعلم اللغة ، ولما بلغ الخامسة عشرة بدأ دراسة الحديث وحفظه ، وفي العشرين من عمره رحل في طلب العلم ، فرحل إلى الكوفة والبصرة ومكة والمدينة والشام واليمن ، ثم رجع إلى بغداد ودرس على الشافعي من سنة ١٩٥ إلى ١٩٧ هـ ، وكان من أكبر تلاميذه البغداديين . ثم أصبح مجتهداً مستقلاً وقد برز على أقرانه بحفظ السنة والذود عنها وجمع شتاتها ، وكتابه المسند يحوي نيفاً وأربعين ألف حديث .

وقال شيخه الشافعي : خرجت من بغداد فما خلفت فيها رجلاً أفضل ولا أعلم ولا أفقه من أحمد بن حنبل ، وأثنى عليه غيره من العلماء ثناء عظيماً .

فقهه : يذهب بعض المؤرخين للفقهاء ، ومن كتبوا في اختلافهم إلى أن ابن حنبل ليس فقيهاً ولكنه محدث ، فابن قتيبة في كتاب المعارف لم يذكره ضمن الفقهاء ، ويذكره المقدسي في أحسن التقاسيم في أصحاب الحديث ، وابن جرير الطبري لم يذكر مذهبه في اختلاف الفقهاء ، ويقول عنه إنه رجل حديث لا رجل فقه .

ولعل هؤلاء نظروا إلى أنه لم يترك لنا كتاب فقه كما فعل غيره من الفقهاء الذين سبقوه ، بينما ترك لنا مسنده الجامع لآلاف الأحاديث والآثار .

والحق أنه فقيه صاحب مذهب غلبت عليه نزعة التحدث بدليل أن تلاميذه من بعده جمعوا مسائله في الفقه وفتاويه ودونوها في مجامع كبيرة مما جعلت له مذهباً مستقلاً يسير مع المذاهب الأخرى لا يقل عنها في شيء .

فهو وإن لم يدون مذهبه بنفسه فقد دونه تلاميذه ونقلوه ، وتركه تدوينه يرجع إلى أنه كان يكره تصنيف الكتب في غير الحديث خشية اشتغال الناس بالفقه عن الحديث كما يقول ابن القيم في إعلام الموقعين (١)

ومن ينظر في الفقه الحنبلي يجده في أبواب المعاملات أيسر من غيره حيث يسير مع النصوص والآثار متى وجدت ، فإذا لم يكن أثر كانت الإباحة فالقاعدة فيه .أن الاشياء مباحة في أصلها ما لم يقم دليل الحظر .

محنته : في سنة ٢١٨ هـ في آخر سنة من خلافــة المأمون العباسي أثيرت مسألة القول بخلق القرآن وهي . هل القرآن مخلوق أو قديم . مسألة أثارتهـا المعتزلةقبل ذلك ، وكانت عقيدتهم فيها أنه مخلوق وليس قديماً ، وقد اقتنع المأمون بعقيدتهم فأراد أن يحمل الناس عليها ففتح فيها باب المناظرة في سنة ٢١٢ هـ . وجعل عقاب من لم يعترف بها من الفقهـــاء والعلماء حرمانه من وظائف الدولة أولا ، ثم انتقل الأمر إلى العقاب بالضرب والتعذيب والسجن في سنة ٢١٨ هـ وقد كان ذلك بتحريض وزير المـأمون المعتزلى أحمد بن دؤاد ومن كان معه من المعتزلة في حاشية المأمون .

وفي هذه السنة امتحن أحمد بن حنبل وجماعة من العلماء بهـــذه المسألة فاعترف بها من اعترف ووقف ابن حنبل فيها موقفا لا يلين ، فسيق مكبلا بالحديد إلى حيث يقيم المأمون خارج بغداد في طرسوس لما خرج غازياً ، غير أن الخليفة مات قبل أن يصل إليه المقيد بالحديد ، وتولى بعده أخوه المعتصم . فسار على طريقة المأمون في المسألة بوصية منه . فسجن ابن حنبل ، وأمر به

---

(١) جـ ١ ص ٢٢ وفي كشف الغمة للامام الشعراني جـ ١ ص ٨ أنه قيل له مرة لم لا تضع لأصحابك كتابا في الفقه فقال : أو لأحد كلام مع كتاب الله وسنه محمد صلى الله عليه وسلم؟.

فضرب بالسياط المرة بعد المرة حتى كان يغمى عليه في كل مرة فلا يحس شيئاً واستمر في سجنه وتعذيبه قرابة ثمانية وعشرين شهراً ، ولما لم يغير ذلك من عقيدته ، ولم يضعف من عزيمته أطلقوا سراحه ؛ فعاد إلى بيته مكث به حتى التأمت جراحه ، ثم عاد للتدريس إلى أن تولى الواثق فأعاد المحنة ومنعه من مخالطة الناس فاختفى وانقطع عن التدريس أكثر من خمس سنوات إلى أن تولى المتوكل ، وأبطل هذه البدعة سنة ٢٣٣ هـ ، وترك للناس حرية اعتقادهم ، فاسترد ابن حنبل حريته وبلغ في عصره مركزاً عظيماً وبقي على ذلك حتى توفي سنة ٢٤١ هـ .

أصول مذهبه : بني الإمام أحمد مذهبه على أصول خمسة .

الأول : الكتاب والسنة المرفوعة لا يقدم على ذلك شيئاً فمتى وجد النص عمل به لا يحيد عنه إلى غيره حتى ولو كان إجماعاً .

الثاني : فتاوى الصحابة التي لا يعلم فيها خلافاً إذا لم يجد نصاً في المسألة دون أن يعتبر ذلك إجماعاً .

الثالث : فتاوى الصحابة المختلف فيها فقد كان يختار منها أقربها إلى كتاب الله وسنة رسوله ومـــا كان يخرج عنها ، فإذا لم يتبين له ذلك الأقرب حكى الخلاف ولم يجزم بترجيح أو يختار ما روى عن الخلفاء الراشدين .

الرابع : إذا لم يجد شيئاً مما سبق أخذ بالحديث المرسل أو الضعيف ما دام رواية غير معروف بالكذب أو الفسق . ولم يوجد ما يدفعه من دليل آخر .

الخامس : القياس وهو آخر المراتب لأنه وضعه موضع الضرورة وكان يقول في الحديث الضعيف : ضعيف الحديث أحب إلي من رأى الرجال [1] ، ومراده

(١) كشف الغمة جـ ٢ صـ ٨ .

بالضعيف الذي لحقه الضعف من جهة الضبط لا مـا كان في رواته كذاب أو فاسق .

ويلاحظ أنـه اعترف بحجية الإجمـاع متى وجد ، ولكنه كان يستبعد وجوده حتى نقل عنه أنه قال : من ادعى الإجماع فهو كاذب ، لعل النـاس اختلفوا وكان يعبر عنه بقوله لا أعلم في ذلك خلافاً .

كما ثبت عنه العمل بالاستصحاب كالشافعي لاستناده إلى دليل صحيح ، بل إن الحنابلة بعده توسعوا فيه حتي فاقوا غيرهم .

وعمل بالمصالح المرسلة في المواضع التي لا يجد فيها نصـاً ولا أثراً ولا قياساً متبعاً في ذلك سلف الأمة الصالح ومن جاء بعدهم[1] .

تدوين مذهبه : قدمنا أن الإمام أحمد لم يدون فقهه كراهة اشتغال الناس به عن الحديث بـل كان ينهي أصحابه عن التدوين ، لأن فتاويه في نظره مجرد آراء قد يتبدل فيها فهمه واجتهاده ، وقد توفي ولم يترك وراءه فقهـاً مدوناً . فقام تلاميذه من بعده بتدوين مـا سمعوه من فتاوى ، بـل قيل إن فقيهاً من الطبقة الثانية في مذهبه هو الذي نقله عن الطبقة الأولى ودونه في كتابه الجامع ويقع في عشرين سفراً ، ذلك الفقيه هو أبو بكر أحمـد بن الخـلال المتوفي سنة ٣١١[2] .

تلاميذه : للإمام أحمد – كغيره – كثير من التلاميذ . منهم ولداه صالح المتوفي سنة ٢٦٦ ، وعبد الله المتوفي سنة ٢٩٠ هـ ، وأبو بكر أحمد بن محمد بن

---

(١) راجع أسباب اختلاف الفقهاء للأستاذ على الخفيف .

(٢) راجع إعلام الموقعين ج ١ ، وكتـاب حنبل للاستاذ ابي زهرة ص ١٨٢ وأسبـاب اختلاف الفقهاء للاستاذ الخفيف .

هانىء البغدادي المتوفي سنة ٢٧٣ هـ ، وأحمد بن محمد بن الحجاج المروزي المتوفي سنة ٢٧٥ هـ ، وعبد الملك بن عبد الحميد بن مهران الميموني المتوفي سنة ٢٧٤ هـ .

ومما يلاحظ أن هؤلاء التلاميذ لم يحاولوا تدوين المذهب الذي تركه صاحبه من غير تدوين ، وإنما قام بذلك من جاء بعدهم كأبي بكر الخلال المتقدم ذكره . وأبي القاسم بن أبي علي الحسين الخرقي البغدادي المتوفي سنة ٣٢٤ هـ .

ثم توالت الأيام حتى جاء الإمامان أحمد تقي الدين بن تيمية المتوفي سنة ٧٢٨ هـ . وتلميذه ابن قيم الجوزية المتوفي سنة ٨٥١ هـ ، فقاما بحركة تجديد في المذهب . بل في الشريعة عامة مما لفت نظر الناس إلى هذا المذهب ، والبحث عنه .

وفي القرن الثاني عشر الهجري قام محمد بن عبد الوهاب [١] بحركته التجديدية متبعاً طريقة ابن تيمية في عقيدته وفقهه الحنبلي ، فقام النجديون من بعده بنشر تعاليم هذا المذهب حتى غدا في عهد آ ل سعودالمذهب الرسمي للدولة السعودية والغالب على أهل السنة بالأحساء مع مذهب مالك ، وموجود مع المذهب الشافعي فيا بقي من فلسطين .

تلك هي المذاهب الأربعة المشهورة التي قدر لها البقاء إلى اليوم من مذاهب فقهاء أهل السنة ، وهناك مذاهب أخرى منها لم يكتب لها البقاء ، أما لعدم تدوين أصحابها لها ، أو لعدم وجود تلاميذ يقومون عليها ، أو لأسباب أخرى سياسية أو غير سياسية . وإليك التعريف ببعض هذه المذاهب .

---

(١) هو من علماء القرن الثاني عشر الهجري ولد في بلدة العيينة من اقليم نجد سنة ١١١٥هـ وتوفي سنة ١٢٠٦ هـ وكان يدعو إلى الرجوع إلى طريقة السلف الصالح وترك التقليد .

١ – مذهب الليث بن سعد المصري الذي ولد سنة ٩٤ هـ . بقريـة قلقشندة من قرى محافظة القليوبية وتوفي سنة ١٧٥ هـ ، وكان الليث فقيهاً جليلاً لا يقل في فقهه عن الأئمة الأربعة [١] ، وله مذهب خاص لم يصمد للبقاء أمـام مذهب مالك ، ومذهب الشافعي اللذين تقاسما مصر بعد وفاته لأسباب منها :

١ – عدم تدوينه له كما فعل غيره .

٢ – قلة أتباعه الذين خلفوه على رعاية المذهب .

٣ – حسد أقرانه له حيث كان مسموع الكلمة عند الخلفاء والأمراء فعملوا على تشجيع المذاهب الأخرى ، وصرف الناس عن مذهبه ، ولقد قال الإمـام الشافعي فيه : « الليث أفقه من مالك إلا أنه ضيعه أصحابه » ، ولقد كان باراً بأصحابه وذوي الحاجات ينفق عليهم كل دخله الذي يبلغ خمسة آلاف دينار ، عرضت عليه الولاية على مصر من قبل المنصور العباسي فأبى .

٢ – مذهب الأوزاعي: وصاحبه أبو عمرو عبد الرحمن بن الأوزاعي نسبة إلى الأوزاع بطن من اليمن ولد ببعلبك سنة ٨٨ هـ ، وقضى معظم حيـاته في بيروت إلى أن توفي سنة ١٥٧ هـ ، ودفن فيهـا في مكان يعرف اليوم باسم محلة الأوزاعي ، وقيل توفي سنة ١٥٩ هـ ، وكانت له رحلات لرواية الحديث والفقه عن كبار الفقهاء في عصره ، وكان من مدرسة أهل الحديث ، بني مذهبه على النصوص ، فالعمدة عنده كتاب الله، ثم سنة رسول الله ما كان ليقدم على الحديث شيئاً بعد صحته ، حتى ليروي الذهبي في تذكره الحفاظ [٢] أنه كان يقول : « إذا بلغك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حديث فإياك أن تقول بغيره فإنه كان مبلغاً عن الله » .

---

(١) ومراسلاته مع الامام مالك تدل على مبلغ فقهه وقوة إدراكه وذكائه .
(٢) ج ١ صفحة ١٧٠ .

انتشر مذهبه فترة من الزمان في بلاد الشام والأندلس ، ثم تواوى أمام مزاحمة مذهب الشافعي في الشام [1]، ومذهب مالك بالأندلس فى القرن الثالث .

٣ـ المذهب الظاهري : ومؤسسة أبو سليمان داود بن على الأصفهاني ولد ولد سنة ٢٠٠ وتوفى سنة ٢٧٠ هـ .

قلد الشافعي مدة ، وتعصب له ، ثم ترك تقليده واستقل بمذهب خاص بناه على ظواهر النصوص من القرآن والسنة . ويترك كل أنواع الرأي من قياس واستحسان وغيرهما ، فالأصول عنده الكتاب والسنة والإجماع ، ويقصره على إجماع الصحابة ، لكنه لما اضطر إلى غير النصوص عمل بالرأي ، وسماه دليلا أو استدلالا .

من علماء هذا المذهب أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي المتوفي سنة ٤٥٦ هـ ، جاهد في نشر هذا المذهب والدفاع عنه ، وألف كتاب المحلى في الفقه ، وكتاب الأحكام في أصول الأحكام في أصول الفقه ، وقد اشتهر ابن حزم بأسلوبه الشديد في مناقشة أئمة المذاهب الأخرى حتى ملئت كتبه بالعبارات القاسية .

وهذا المذهب قدر له البقاء فترة من الزمن ثم أخذ يضعف شيئاً فشيئاً حتى انتهى في القرن الثامن تقريباً .

٤ – مذهب سفيان الثوري : ولد صاحبه سنة ٩٧ هـ بالكوفة ، وتوفى بالبصرة سنة ١٦١ هـ . كان فقيهاً جليلا من مدرسة الحديث ورعاً لا يرهب في الحق أحداً ، وكانت له مواقف مشهورة مع الخلفاء ، أراده المنصور ليتولى القضاء ، فكتب له كتاباً يتولى به قضاء الكوفة على ألا يعترض عليه في حكم ،

(١) ويروى أنه بقي منتشراً بالشام حتي ولي قضاء دمشق أبو زرعة محمد بن عثمان من اتباع الشافعي الذي ادخل مذهبه بالشام وعمل على نشره « وكان يهب لمن يحفظ مختصر المزني مائة دينار، وكثرت الدعوة لمذهب الشافعي بالشام حتى انقرض اتباع الاوزاعي فيالقرنالرابع.

فأخذ الكتاب وخرج ثم رمى به في نهر دجلة وهرب ، فبحثوا عنه في كل بلد فلم يجدوه، وبقي مختفياً حتى توفى رضى الله عنه ، ودفن عشاء وكان قد أوصى إلى عمار بن سيف في كتبه فمحاها وأحرقها .

موقف الائمة من التقليد

قدمنا أن تدوين المذاهب الفقهية كان سبباً من أسباب التقليد ، وأن الفقهاء تركوا الاجتهاد ، واشتغلوا بهذه المذهب منتصرين لهـــا داعين الناس إلى العمل بها ، ونريد أن ننبه هنا إلى أن الأئمة لا دخل لهم في هذا المسلك ، فهم لم يلزموا الناس بتقليدهم بل نهوا عن ذلك ، وشددوا النكير على من يعمل بآرائهم من غير أن يقف على ما استندوا إليه من أدلة .

وإليك بعض ماروي عنهم في ذلك :

جاء في كتاب حجة الله البالغة [1] للدهلوي روي عن أبي حنيفة رضى الله عنه انه كان يقول : « لا ينبغي لمن لم يعرف دليلي أن يفتى بكلامي » [2]

وكان إذا أفتى يقول : هذا رأى النعمان بن ثابت « يعني نفسه » وهو أحسن ما قدرنا عليه ، فمن جاء بأحسن منه فهو أولى بالصواب .

كما ثبت عن الإمام مالك أنه قال : ما من أحد إلا وهو مأخوذ من كلامه ومردود عليه إلا رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وروى الحاكم والبيهقي عن الشافعي رضى الله عنه أنه كان يقول : «إذا صح

---

(١) ج ١ ص ٧ ٥ (٢) ونقل الفتاوى في فصول البدائع جـ ٢ ص ٤٣٢ عن عيون الفتاوى مثل ذلك عن أصحاب أبي حنيفة وعبارته « قال عصام بن يوسف رحمه الله كنت في مأتم قد اجتمع فيه أربعة من أصحاب أبي حنيفة زفر وأبو يوسف وعافية وقاسم بن معن فأجمعوا على أنه لا يحل لاحد أن يفتي بقولنا ما لم يعلم من أين قلنا » ا هـ

الحديث فهو مذهبي » وفي رواية ، إذا رأيتم كلامي يخالف الحديث فاعملوا بالحديث ، واضربوا بكلامي الحائط ، وقال : مهما قلت من قول أو أصلت من أصل فبلغ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم خلاف ما قلت ، فالقول ما قاله صلى الله عليه وسلم .

وقال يوماً لتلميذه المزني : يا إبراهيم لا تقلدني في كل ما أقول وانظر في ذلك لنفسك فإنه دين » .

وروى عنه قال : ليس في الناس إلا من يقبل من قوله أو يرد عدا رسول الله فانه لا يرد له قول .

ومن هنا قال المزني في أول مختصره الذي أخذه من فقه الشافعي. اختصرت هذا الكتاب من علم محمد بن إدريس الشافعي رحمه الله ، ومن معنى قوله لينظر فيه لدينه ، ويحتاط فيه لنفسه [١] .

ونقل عنه أنه قال : مثل الذي يطلب العلم بلاحجة كمثل حاطب ليل يحمل حزمة حطب وفيها أفعى تلدغه وهو لا يدري [٢] .

وقال الإمام أحمد بن حنبل رضي الله عنه لرجل لا تقلدني ولا تقلدن مالكاً ولا الأوزاعي ولا النخعي ولا غيرهم ، وخذ الأحكام من حيث أخذوا من الكتاب والسنة ، لا ينبغي لأحد أن يفتي إلا من يعرف أقاويل العلماء في الفتاوى الشرعية ويعرف مذاهبهم » وقال : من قلة فقه الرجل أن يقلد دينه الرجال [٣]

---

(١) هامش ص ٤٢ من الرسالة ، والمختصر مطبوع على هامش كتاب الأم . والعبارة في ج١ ص٢ ويقول الشافعي في رسالته ص ٤٢ « وبالتقليد أغفل من أغفل منهم والله يغفر لنا ولهم ».
(٢) أعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٠١ (٣) المرجع السابق ٢٠٢ .

هذه بعض مقالات أصحاب المذاهب في النهي عن التقليد ، ومن يبحث في كتبهم يجد الكثير من ذلك .

ومن هنا ندرك أن تقليد الأتباع لهم في كل ما نقل عنهم ، والتزامهم ذلك مذهباً لا يحيدون عنه عمل جانبه الصواب إلى حد كبير ، ولو كانوا اتبعوا أقوالهم في النهي عن تقليدهم لما وقفوا بالفقه عن مسايرة الزمن ، ولكنهاسنة الله تقدم وتأخر ، وارتفاع وانخفاض ، واجتهاد وتقليد ، حتى يتحقق لهذه الأمة التجديد في دينها على مر الأيام كما أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل مائة عام من يجدد لها دينها » .

ولا يفوتنا أن نذكر كلمة عن :

أسباب اختلاف الأئمة :

عرفنا من عرض طريقة الأئمة في استنباط الأحكام أنهم متفقون على أن المرجع في ذلك هو كتاب الله أولاً ، لا يقدم عليه غيره ، ثم من بعده السنة متى وجدت صحيحة ، ثم الإجماع متى تحقق ، وأخيراً الرأي على اختلاف في أنواعه

وإذا كانوا متفقين على هذه الاصول فاختلافهم إذاً يرجع إلى أمور أخرى وراء هذا .

ونستطيع أن نلخص أسباب اختلافهم فيما يأتي :

أولاً : اختلاف معاني الألفاظ ، سواء كانت من القرآن ، أو السنة ، واختلاف المعاني جاء من اشتراك الألفاظ ، وترددها بين الحقيقة والمجاز ، واختلاف العرف في معنى اللفظ .

ثانياً : اختلاف رواية الأحاديث ، فقد يصل الحديث إلى أحدهم ، ولا يصل

إلى الآخر ، وقد يصل إلى هذا من طريق غير صحيح فيتركه ، وقد يصل اليهما من طريق واحد ، ولكن أحدهما يشترط في قبول الحديث شروطاً لم يشرطها الآخر فيعمل به أحدهما ، ويتركه الآخر .

ثالثاً : التعارض والترجيح بين ظواهر النصوص ، فقد اختلفوا في هذه القاعدة حتى كان لكل واحد مسلك يغاير الآخر .

رابعاً : اختلافهم في الأخذ بالقياس ، فمنهم من ضيق دائرته بكثرة ما شرطه من شروط في الأخذ به ، ومنهم من وسع دائرته ، والاختلاف في هذا الاصل هو أبرز نواحي الاختلاف كما يبدو للناظر في كتب الاصول .

خامساً : اختلافهم في بعض الادلة ، والاعتماد عليها ، كالاستحسان والاستصلاح والاستصحاب ، وقول الصحابي ، الذي جعله بعض الأئمة من الأدلة فيأخذ بقولهم ، ولا يخالفهم ، بينما يرى بعضهم أنها آراء اجتهادية لفقهاء غير معصومين ، فلا عليه حرج في مخالفتها في بعض المواضع .

سادساً : اختلافهم في بعض المبادىء اللغوية التي يتوقف عليها استنباط الأحكام من النصوص ، كاختلافهم في دلالة العالم إذا لم يخصص ، هل هي قطعية كما ذهب أبو حنيفة ، أو ظنية كما يرى الشافعي ، وكاختلافهم في مفهوم المخالفة ، وهو دلالة اللفظ على ثبوت نقيض حكمه في المسكوت عنه ، وكاختلافهم في حمل المطلق على المقيد ، هل يشترط له اتحاد الحكم والسبب والحادثة أو لا ، وكالأمر المطلق هل يحمل على الوجوب أو الندب ، والنهي يحمل على التحريم أو الكراهية ، والاستثناء بعد الجمل هل يرجع إلى الكل ، أو يرجع إلى الجملة الأخيرة فقط ؟ وغير ذلك من المبادىء ، المذكورة في علم أصول الفقه .

تلك هي جملة الأسباب [1] التي أدت إلى اختلاف الأئمة ، ومنها يعلم أن اختلافهم لم يكن ناشئاً عن هوى في نفوسهم ، وليس الاختلاف في ذاته معيباً ، فقد اختلف أصحاب رسول الله في اجتهاداتهم مع قربهم من زمن النبوة ، وتلقيهم الهدي عن صاحب الرسالة الذي قال : « اختلاف أمتي رحمة » .

لكن بعض ذوي النفوس المريضة جعلوا هذا الأمر الجميل ثغرة ينفذون منها إلى الطعن في هؤلاء الأئمة الأعلام ، أو العيب في شريعة الله ، فزعموا أن اختلاف الأئمة في الاجتهاد يؤول إلى تناقض الشريعة قائلين : إننا كثيراً ما نجدهم يختلفون في حكم الشيء الواحد ، فهذا يحكم عليه بالحل ، وذلك يحكم عليه بالتحريم ، ومعنى هذا أن الشريعة تحرم الشيء وتحله في آن واحد ، وهذا يتنافى مع نصوص الشريعة القطعية الناطقة بأنه لا اختلاف فيها .

وقبل الجواب على هذا الزعم الفاسد ننبه إلى أن الناس كثيراً ما خلطوا بين الشريعة والفقه ، وظنوا خطأ أن ما نقل عن الأئمة المجتهدين من اجتهادات هو نفس الشريعة ، وتبع هذا الخطأ أنهم طعنوها مرة بالجمود ، وأخرى بالتناقض والشريعة – بحمد الله – لا جمود فيها ولا تناقض، لأن الشريعة كما قلنا من قبل هي مجموعة الاحكام التي أنزلها الله على رسوله ، والتي أخبر القرآن بأنها كملت يوم حج الرسول حجة الوداع في قوله تعالى : « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت

---

(١) نقل الشاطبي، في موافقاته جـ ٤ ص ٢١١ عن ابن السيد الذي كتب كتاباً في أسباب اختلاف الأئمة أنه أرجع ذلك الاختلاف إلى ثمانية أسباب هي :

١ – الاشتراك الواقع في الألفاظ واحتمالها للتأويلات .
٢ – دوران اللفظ بين الحقيقة والمجاز .
٣ – دوران الدليل بين الاستدلال بالحكم وعدمه .
٤ – دورانه بين العموم والخصوص .
٥ – اختلاف الرواية .
٦ – جهات الاجتهاد والقياس.
٧ – دعوى النسخ وعدمه .
٨ – ورود الأدلة على وجوه تحتمل الاباحة وغيرها .

عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام دينا » ، والذي تم إنزاله حينئذ مجموعة القواعد التي جاءت على هيئة نصوص عامة في كتاب الله وسنة رسوله ، لأن التشريع الإسلامي لم يأت بحلول جزئية لحوادث فردية . بل أتى بالقواعد الكلية التي تصلح للتطبيق في كل حين .

وأما الفقه الإسلامي ، فهو مجموعات الأحكام العملية المشروعة في الإسلام سواء أكانت شرعيتها من النص الصريح من القرآن والسنة أم من الاجماع أم من استنباط المجتهدين من النصوص والقواعد العامة .

فأغلب ما يسمى بالفقه الإسلامي جاء وليد اجتهاد المجتهدين ، وتطبيقهم لنصوص الشريعة ، وقواعدها مراعين في ذلك اختلاف البيئات والأعراف .

ومن هنا أتى الاختلاف في الفقه الإسلامي ، وهذا الاختلاف لا يؤدي إلى الاختلاف في الشريعة والتناقض فيها ، لأن القواعد لا تتناقض [١] .

إذا عرفنا الفرق بين الشريعة والفقه ، وأن الاختلاف في الفقه جاء نتيجة الاختلاف في الفهم والتطبيق ، فهل يكون هذا الاختلاف عيباً يرمى به الفقه والفقهاء ؟!.

لنا في الجواب عن هذا التساؤل مسلكان :

أحدهما : مما ورد عن رسول الله ، وما أثر عن فقهاء المسلمين ، وهذا لا يقنع إلا من آمن بهذه الشريعة ، وبما جاء بعدها من فقه الفقهاء .

وثانيهما : من طبيعة القوانين وتطبيقها . لا فرق بين السماوية منها والوضعية ،

---

(١) يرى الامام الشاطبي — والحق معه — ان الشارع لم يرد في الفروع إلا قولاً واحداً ، ولم يقصد وضع حكمين متخالفين في موضوع ، واختلاف المجتهدين المشروع لا ينافيه لأن اختلافهم جاء في طلب الحكم الذي أراده الشارع ، راجع جـ ٤ ص ١١٨ وما بعدها .

وهذا نسوقه أولاً لمن لم يصدق بشريعتنا ، وثانياً لمن آمن بها ليكون سنداً مؤيداً للجواب الأول .

المسلك الأول : روي عن رسول الله أنه قال : « اختلاف أمتي رحمة » والمراد بالاختلاف هنا الاختلاف في الاجتهاد لا كل خلاف ، لأنه مذموم ، يؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم في حديث آخر : « أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم »[1] ، وما دام الرسول شرع لأصحابه الاجتهاد ، وبين لهم طريقه . والاجتهاد بطبيعته يسلم إلى الاختلاف ، فلا يكون الاختلاف بين المجتهدين معيباً .

وروي عن الأئمة في هذا المعنى مقالات كثيرة . منها ما جاء في كتاب الاعتصام[2] للامام الشاطبي قال :

روي عن الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز أنه قال : « ما أحب أن أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم لا يختلفون ، لأنه لو كان قولا واحداً لكان الناس في ضيق ، وأنهم أئمة يقتدى بهم ، فلو أخذ رجل بقول أحدهم لكان سنة » .

ومنها ما روي عن القاسم بن محمد كما جاء في موافقات[3] الشاطبي أنه قال : « لقد نفع الله باختلاف أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم في أعمالهم لا يعمل العامل بعمل رجل منهم إلا رأى أنه في سعة . ورأى أن خيراً منه قد عمله » .

---

(١) جاء في رد المحتار لابن عابدين ج ١ ص ٥٠ : إن هذا الحديث مشهور على ألسنة الناس ثم قال : رواه البيهقي بسند منقطع عن ابن عباس رضي الله عنهما بلفظ : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : مهما أوتيتم من كتاب فالعمل به لا عذر لأحد في تركه ، فإن لم يكن في كتاب الله فسنتي ماضية ، فإن لم تكن سنتي فما قاله أصحابي ، إن اصحابي بمنزلة النجوم في السماء فأيما اخذتم به اهتديتم ، واختلاف اصحابي لكم رحمة ، ثم نقل عن جماعة من العلماء انهم ورووه بألفاظ اخرى . فليراجع .

(٢) ج ٣ ص ١١ .　　(٣) ج ٤ ص ٣١ .

ومنها ما روي عن الإمام مالك . كما جاء في كتاب حجة الله البالغة للدهلوي [1] في بحث سبب اختلاف مذاهب الفقهاء نقلاً عن السيوطي: « لما حج المنصور قال لمالك : عزمت أن آمر بكتبك هذه التي صنفتها فتنسخ ، ثم أبعث في كل مصر من أمصار المسلمين منها نسخة ، وآمرهم بأن يعملوا بما فيها ، ولا يتعدوه إلى غيره ، فقال : يا أمير المؤمنين لا تفعل هذا ، فإن الناس قد سبقت إليهم أقاويل ، وسمعوا الحديث ، ورووا روايات ، فأخذ كل قوم بما سبق إليهم من اختلاف الناس ، فدع الناس وما اختار كل بلد منهم لأنفسهم .

وقيل إن الذي فعل ذلك هو هارون الرشيد ، وأنه شاور مالكاً في أن يعلق الموطأ في الكعبة ويحمل الناس على ما فيه ، ولعل هذا الأمر تكرر مرتين مرة من المنصور والثانية من هارون الرشيد .

المسلك الثاني : من المعلوم أن القانون شرعياً كان أو وضعياً لا يمكن أن تبين فيه أحكام الحوادث الجزئية ، وكيف يمكن استقراؤها وهي متجددة بتجدد الأزمان ، ولكل زمان من جزئيات الحوادث ما ليس لغيره ، فلو جعل التشريع عبارة عن بيان أحكام جزئيات الحوادث تفصيلاً لأدى ذلك إلى إبطال التشريع ، فتعين إذاً أن يكون القانون عبارة عن قواعد كلية يتعرف منها أحكام جزئيات الحوادث على مرور الزمن ، فالشرائع السماوية عبارة عن قواعد كلية كسائر القوانين .

واذا رجعنا للقوانين الوضعية على اختلافها ، وشروحها التي وضعت لإيضاح قواعدها الكلية وجدنا في هذه الشروح اختلافاً كثيراً في تفسيرها وتطبيقها على الحوادث الجزئية ، ولا أدل على ذلك من اختلاف الأحكام

---

(١) جـ ١ ص ١٤٥ .

تبعـــاً لاختلاف الشرح والتطبيق ، فيكون الفعل الواحد مباحاً على رأي ، ومحظوراً على رأي آخر .

فإن كان هذا مقبولاً في القوانين الوضعية ، فما الذي يحرمه في القانون الشرعي حتى يجعل مطعنا في شراحه إذا اختلفوا في فهمه وتفسيره عند تطبيق بعض مواده على الحوادث الجزئية ؟!

ونحن إذا نظرنا إلى الحقيقة في ذاتها متجردين من كل عصبية لوجدنا هـذا الاختلاف نتيجة حتمية لمـا جاء بـــه القرآن من إطلاق الحرية للعقول ، وفك قيودها التي كانت ترسف فيها ، وإلا فكيف يتصور أن ديناً ينادي بحرية التفكير ثم يمنع الاختلاف في الرأي والاجتهاد ، وهل يكون ذلك إلا تهافتاً ؟!

ومما ينبغي معرفته هنا أن هذا الطعن نشأ إما عن جهل بما في الفقه الإسلامي ومذاهبه من محاسن ومزايا . وإما عن تجاهل لذلك .

لأننا نجد بين الحين والحين اعترافاً من رجـال القانون الغربيين بما في هذا الفقه من مزايا ، بل والتوصية بالبحث فيه والعناية به .

ففي سنة ١٩٥١ م عقدت شعبة الحقوق الشرقية من المجمع الدولي للحقوق المقارنة مؤتمراً للبحث في الفقه الإسلامي في كلية الحقوق من جامعة باريس تحت اسم « أسبوع الفقه الإسلامي » فدعا إليه لفيفاً من أساتذة الشريعة والقانون في الجامعات العربية . كما وجه الدعوة إلى الأزهر ، فأرسل مندوباً يحاضر باسمه هناك ، وحاضر هؤلاء في بحوث منها . نظرية الربا في الإسلام . وإثبات الملكية ، والمسئولية الجنائية ، وتأثير المذاهب الاجتهادية بعضها في بعض ، وغيرها .

وفي النهاية وضع المؤتمر تقريره بإجماع الآراء جاء فيه . بناء على الفائدة

المتحققة من المناقشات التي تخلص منها بوضوح .

(أ) إن مبادىء الفقه الإسلامي لها قيمة حقوقية تشريعية لا يماري فيها.

(ب) وأن اختلاف المذاهب الفقهية في هذه المجموعة الحقوقية العظيمة ينطوي على ثروة من المفاهيم والمعلومات ، ومن الأصول الحقيقية هي مناط الإعجاب ، وبها يتمكن الفقه الإسلامي من أن يستجيب لجميع مطالب الحياة الحديثة والتوفيق بين حاجاتها .

يعلنون رغبتهم في أن يظل أسبوع الفقه الإسلامي يتابع أعماله سنة فسنة ويكلفون مكتب المؤتمر وضع قائمة للموضوعات التي أظهرت المناقشات ضرورة جعلها أساساً للبحث في الدورة القادمة .

ويأمل المؤتمرون أن تؤلف لجنة لوضع معجم للفقه الإسلامي يسهل الرجوع إلى مؤلفات هذا الفقه ، فيكون موسوعة فقهية تعرض فيها المعلومات الحقوقية الإسلامية وفقاً للأساليب الحديثة [١] .

تنبيه : قد يبدو للناظر من عرض أسباب الخلاف بين الصحابة فيما سبق ، وأسباب الخلاف بين الأئمة في هــذا الموضوع أن ثمة خلافاً كبيراً بين الموضعين وأن خلاف الأئمـــة يرجع في بعض نواحيه إلى خلاف في الأسس والأصول ، كما قرره بعض الكاتبين استنــاداً إلى أنهم اختلفوا في الأخذ ببعض الأدلة كالقياس والاستحسان ، كما اختلفوا في الأخذ ببعض أنواع الحديث ، كالمرسل مثلاً .

وليس الأمر كذلك ، بل الخلاف بين الفقهاء على اختلاف عصورهم ــ إذا

(١) راجع مقدمة المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقا .

استثنينا خلاف الشيعة والخوارج – يرجـــع في مجموعة إلى الاختلاف في فهم النصوص وتطبيق الأصول .

وإنني أوضح لك هذه القضية بمقدار مـــا يسمح به موضوع هذا الكتاب وإليك البيان .

عرفنا فيما سبق أن من بين أسباب اختلاف الصحابة ، استعمالهم للرأي ، أو اختلافهم في التوسع في الرأي ، فمنهم من توسع فيه ، ومنهم من ضيق دائرته ووقف بإزاء النصوص ، ولم يلجأ إليه إلا عند الضرورة

وكلمة الرأي عندهم لم تكن محدودة بمعنى خاص ، بل كانت كما يقول ابن القيم – ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة الصواب ، وهذا الرأي نوعان ، جماعي وفردي ، وبعبارة أخرى ، كان الرأي يصدق على مـــا عدا النصوص من القرآن والسنة ، وهو الذي عنـــاه معاذ بقوله : أجتهد رأيي ولا آلو .

فلم يكن هناك أسماء خاصة . كالقياس والاستحسان والاستصلاح ، بـــل الكل رأي ، حتى ما سمي فيما بعد بالإجماع كان يسمى رأياً .

وإذا رجعت إلى فتاوى الصحابة الجماعية منها والفردية التي مبناها الرأي والاجتهاد وجدت منها ما ينطبق عليه اسم القياس ، كاجتهادهم في عقوبة شارب الخمر « إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذى ، وإذا هذى افترى ، وحد المفتري ثمانون » أليس هـــذا قياساً صحيحاً بينت فيه العلة الجـــامعة بين الفرع والأصل ؟ .

كما تجد منها ما ينطبق عليه حد الاستصلاح ، كما في تحريم المعتدة إذا تزوجت بغير مطلقها في العدة ، وإرث الزوجة من زوجها الذي طلقها في مرض الموت فاراً من إرثها .

وكذلك نجد فيها ما يمكن إدخاله تحت الاستحسان. إذا فسرناه بأنه الخروج بالحادثة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر أرفق من الحكم الأول لدليل يدل على ذلك . أي أنه استثناء من القواعد العامة ، فالحكم بإرث المطلقة في مرض الموت استثناء من قاعدة عدم إرث المطلقة بائناً ، لانقطاع سبب الإرث وهو الزوجية ؛ استثنوا هذا لزجر الذين يريدون تغيير حدود الله ، ومعاملته لهم بنقيض مقصودهم .

ومثله في ذلك تضمين الصناع استثناء من قاعدة عدم تضمين المؤتمن .

وقضاء عمر بتوريث الأخوة الأشقاء مع الأخوة لأم في المسألة المشتركة وهذه الأنواع من الرأي لم يعمل بها كل الصحابة ، بل منهم من عمل بها وتوسع فيها ، ومنهم من ضيق دائرتها .

فإذا جاء الأئمة واختلفوا في العمل ببعضها يقال : إنهم لم يقفوا في اختلافهم عند الفروع ، بل تجاوزوه إلى أسس التشريع ؟ .

نعم إنهم توسعوا في استعمال الرأي بأنواعه نظراً لكثرة الحوادث كثرة لا تكفي فيها النصوص الجزئية ، فيكون الاختلاف بينهم راجعاً إلى الاختلاف في تطبيق القاعدة — وهي استعمال الرأي — لا في أسس التشريع وأصوله ، لأن هذ الأنواع ما هي إلا رأي .

وأما أن اختلافهم في السنة يرجع إلى خلاف جوهري في أسس التشريع فغير مسلم كذلك ، لأنه لا نزاع بين جمهور المسلمين في أن السنة الصحيحة حجة يجب العمل بها ما لم يثبت نسخها أو معارضتها بما هو أقوى منها ، فالصحابة كلهم عملوا بالأحاديث التي صحت ، ووثق بها من وجدها أياً كان نوع هذا الحديث ، ومن تأمل مسلك فقهاء الصحابة في الاحتجاج بها يجدهم مختلفين في

الدليل المثبت للصحة ، فأبو بكر كان يشترط شهادة رجل آخر ، وعمر كان يشترط البينة ، وعلى يحلف الراوي .

كما ردوا بعض الأحاديث لعدم وثوقهم فيها ، أو لمعارضتها بما هو أقوى منها . أنظر إلى قول عمر في حديث فاطمة بنت قيس : لا نترك كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري أصدقت أم كذبت ، حفظت أم نسيت ؟

كما أن بعضهم ترك العمل بحديث يروى لأنه غير معقول المعنى في نظره . فهذه أم المؤمنين عائشة رضى الله عنها تقول رداً على حديث « إذا استيقظ أحدكم من نومه فلا يغمس يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثا ، فإنه لا يدري أين باتت يده » تقول : فكيف نصنع بالمهراس ؟ وهو الصخرة المنقورة .

والذي حصل من الأئمة لا يخرج عن هذا .

فأبو حنيفة لما اشترط في الحديث الشهرة ـ فيما تعم به البلوى ـ كما روى عنه فيما سبق ، وكما قال تلميذه أبو يوسف: عليك من الحديث بما تعرف العامة وإياك والشاذ منه »[1] شرطه لتتحقق ثقته بالحديث حيث كان بالعراق ، وهي مهد وضع الأحاديث ، فالحديث غير المشهور يحتمل أن يكون من صنع الكذابين وشهرة الحديث وكثرة رواته ينتفي معها احتمال وضعه ، كما يمنع الوضاعين من التزيد فيه ، أو تغييره . وكذلك إطلاقه الأخذ بالحديث المرسل متى صح طريقه مخالفاً غيره الذي قيد العمل بالمرسل ليسد النقص في الأحاديث المرفوعة المتصلة فاذاً يكون خلافه مع غيره خلافاً في التطبيق ، تطبيق أصل العمل بالسنة لا خلافاً في أسس التشريع وأصوله ، لا تفاقهم على الأصل العام . وهو وجوب

(١) الرد على سير الأوزاعي ص ٢٤ ، وفي ص ٣١ يقول : « فاياك وشاذ الحديث وعليك بما عليه الجماعة من الحديث وما يعرفه الفقهاء » .

العمل بها متى صحت ، ووثق المجتهد بما روى له ، وانتفى المعارض الأقوى ، ولم يكن منسوخاً .

مصادر الفقه الإسلامي

تمهيد : لكل قانون من القوانين ، سماوية كانت أو وضعية مصادر يستقى منها ، وتجعل له قوة ملزمة ، ومرونة بها يتسع لكل ما يجد من أحداث في زمن تطبيقه ، فالحكم إذا لم يستند إلى مصدر تشريعي لا يكون له اعتبار ، بل لا تصح تسميته بحكم قانوني ، فكما أن القوانين الوضعية لها مصادر باتفاق الفقهاء كذلك الفقه الإسلامى له مصادره العديدة . منها ما هو متفق عليه ، ومنها ما هو مختلف فيه .

ويمتاز الفقه الإسلامي عن غيره بأن مصادره عنى بها العلماء حتى جعلوا لها علماً مستقلا يبحث فيها ، ويوضح طريقة الاستناد اليها بصفة عامة ، وطريقة عمل كل إمام بهذه المصادر بصفة خاصة هذا العلم هو المسمى بعلم أصول الفقه .

وقد اعترف بذلك رجال القانون الوضعي . جاء في كتاب أصول القانون[1] في بحث عناية الشرائع القديمة بأصول القانون ما نصه : « وعنى فقهاء الشريعة الإسلامية كفقهاء القانون الروماني بالصياغة الفنية ، وتفوقوا فيها تفوق الرومان فعرضوا للقانون في تفصيلاته وتطبيقاته بمنطق قانوني بلغ من الإحكام والدقة

(١) للدكتورين السنهوري وحشمت أبي ستيت ص ١١ .

مبلغاً لا يعدله إلا منطق الرومان . وقرب بعض الفقهاء الأحكام التفصيلية بعضها من البعض الآخر ، واستخلص منها مبادىء عامة ، ولكن فقهاء الشريعة الإسلامية امتازوا على الرومان وعلى غير الرومان من الأمم التي تفوقت في القانون بوضع علم أقرب [1] ما يكون لعلم أصول القانون هو علم أصول الفقه ، بحثوا فيه مصادر الشريعة الإسلامية ، وكيفية استنباط الأحكام التفصيلية من هذه المصادر ، وهذا العلم يميز الفقه الإسلامي عن أي فقه آخر » .

بعد هذا التمهيد نقول : إن مصادر الفقه الإسلامي تتنوع أولاً إلى نوعين :

---

(١) نحن لا نسلم دعوى القرب بين العلمين « أصول الفقه وأصول القانون » إلا في التسمية فقط . أما حقيقة العلمين فهي مختلفة اختلافاً واضحاً ، لأن أصول الفقه علم واضح المعالم محدد الهدف ، فهو يبحث في أدلة الفقه ويوضح طرائق الأئمة إزاء كل دليل منها ، وقد كان الغرض منه في أول وضعه بيان الطريق الصحيح للاجتهاد والنظر في الأدلة ، كما فعل الإمام الشافعي في رسالته ، وهي أول مؤلف في هذا العلم وصل الينا ثم تتابع التأليف فزاد نماؤه حتى وصل الى ما وصل اليه . وأما علم اصول القانون فهو علم غير واضح المعالم الى الآن كما جاء في هذا الكتاب نفسه في الفقرة الأولى منه ، بل هي مجموعة ابحاث حاول الباحثون فيها رسم حدود واضحة لنظرية عامة في القانون كما جاء في هامش هذه الفقرة ، ان هذا العلم مختلط بعلم تاريخ القانون وعلم القانون المقارن ولا يوجد بينها حدود فاصلة دقيقة .

لمن هنا اختلف الكاتبون فيه في تسميته حتى خرج الينا يحمل اسماء مختلفة فمن اصول القانون الى المدخل للعلوم القانونية الى نظرية القانون الى غير ذلك من الأسماء مع اتحاد المسمى .

ومن جهة أخرى نرى أن أصول الفقه في دراسته يؤخر عن دراسة الفقه فلا يدرسه الطالب إلا بعد أن ينال حظاً كبيراً من علم الفقه بينما نجد علم أصول القانون يقدم في دراسته على دراسة القانون لأنه يعتبر بمثابة مبادىء عامة تنير الطريق أمام طالب القانون وإن كان بوضعه الأخير ارتفع عن مستوى الطلاب في بدء دراستهم القانونية . كما يقول الدكتور محمد عرفه في كتابه « مبادىء العلوم القانونية ص٦ من الطبعة الثالثة » : إن دراسة هذه المبادىء العامة بتلك الطريقة تجعل منها مادة تسمو في مستواها العلمي – من بعض الوجوه – عن إدراك المبتدىء في دراسة القانون وذلك ما قدرته الجامعات الانجليزية فأدمجتها ضمن مقرر السنة النهائية عندما يبلغ الطالب آخر مرحلة في الدراسة القانونية ذاهبة – ولها كل الحق فيما ذهبت اليه – الى أن الشخص يكون أقدر على تفهم النظريات العامة عندما يألف القواعد المحددة التي تحكم نظامه التشريعي .

مصادر نقلية وأخرى عقلية

فالنقلية هي التي لا يكون للمجتهد عمل في تكوينها ، بل يستند إليها على أنها أمر منقول يجب عليه العمل به ، كالقرآن والسنة والاجماع والعرف .

والعقلية هي التي يكون للمجتهد عمل في تكوينها كالقياس ، والاستحسان على أنه استثناء من القواعد العامة ، والاستصلاح ، فإن المجتهد حينما يستند إلى القياس مثلاً فإنه يبحث في الواقعة التي لا نص فيها ، ويقارنها بالوقائع الأخرى التي وردت النصوص بأحكامها ليقف على مدى مشابهتها بها ، فإذا وجد لها شبهاً قوياً بإحداها بحث عن علة حكم تلك الواقعة المنصوص عليها حتى إذا ما وقف عليها رجع إلى الحادثة الجديدة ليرى هل وجدت فيها علة مساوية لتلك العلة ، ولا مانع فيها من تعديه الحكم اليها ، فإذا ثبت له ذلك حكم بإثبات حكم الحادثة الأولى للثانية الجديدة بناء على هذا القياس .

هذا مع ملاحظة أن كلا من النوعين محتاج إلى الآخر ، فالاستدلال بالمنقول محتاج إلى شيء كبير من النظر والتأمل بالعقل، كما أن الاستدلال بالمعقول لا يعد صحيحاً إلا إذا كان في حدود ما دل عليه النقل . فهو محتاح دائماً إلى تأييد النقل .

ومن جهة أخرى تنقسم المصادر إلى أصلية وتبعيه

أما الأصلية فهي التي لا تتوقف دلالتها على الأحكام على دليل آخر ، وهي تنحصر في القرآن والسنة . وأما التبعية فهي التي تتوقف دلالتها واعتبارها على غيرها وهي كثيرة ، منها ما هو متفق عليه بين الفقهاء ، أو على الأقل ذهب إليه أكثرهم ، ولم يخالف فيه إلا من شذ ، كالإجماع والقياس ، ومنها مختلف فيه . ولم يتفق الأصوليون على عدد هذا النوع فمنهم من عده ستة ، ومنهم من أوصله إلى تسعة ، ومنهم من زاد على ذلك ، ولا يعنينا هنا ذكر هذا العدد ، لأنها عند

التحقيق تتداخل في بعضها وسنكتفي بذكر ثلاثة منها هي الاستصلاح أو المصالح المرسلة، والاستحسان، والعرف.

المصادر الأصلية:

١ ـ القرآن

حقيقته. طريقة نزوله. إعجازه. أسلوبه في التشريع. حجيته ودلالته على الأحكام جمع المصحف. مصحف عثمان. خط المصحف ونقطه وشكله.

القرآن هو الكتاب المنزل على محمد صلى الله عليه وسلم لهداية الناس، وبيان الطريق المستقيم التي يسلكونها، نزل به الروح الأمين «جبريل» عليه السلام على رسول الله بلفظه ومعناه. يدل لذلك قوله تعالى: «وإنه لتنزيل رب العالمين نزل به الروح الأمين. على قلبك لتكون من المنذرين بلسان عربي مبين [١]»، «وقال الذين كفروا إن هذا إلا إفك افتراه وأعانه عليه قوم آخرون فقد جاءوا ظلماً وزورا، وقالوا أساطير الأولين، اكتتبها فهي تملى عليه بكرة وأصيلا، قل أنزله الذي يعلم السر في السموات والأرض إنه كان غفوراً رحيما» [٢].

وبهـــذا يمتاز عن غيره من الكتب السماوية السابقة، كما يمتاز عن أحاديث رسول الله [٣] فإن معناها بإلهام الله، ولفظها من عند الرسول.

---

(١) الشعراء الايات من ١٩٢ – ١٩٥. (٢) الفرقان من ٤ – ٦.

(٣ وكذلك الأحاديث القدسية المنسوبة الى رب العزة. وهي أكثر من مائة حديث عني بها العلماء وجمعوها في كتب خاصة. وهو قدسي نسبه الى القدس وهو الطهارة والتنزيه لنسبتها الى الرب سبحانه وتعالى باعتبارها صادرة عنه أولاً وهو المتكلم بها أولاً، وحديث لأن الرسول هو المحدث به عن الله تعالى والحاكي له بلفظه ولغته.

والسر في إنزاله بلفظه ومعناه . أنه الكتاب الأخير لخاتم الرسل ، أنزله الله ليكون دستور الأمة الإسلامية إلى يوم الدين ، فلو نزل بمعناه فقط لكان عرضة للتبديل والتغيير لكنه سبحانه أنزله بلفظه ومعناه ، وتكفل بحفظه « إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون [1] » .

وتحقيقاً لهذا الوعد القاطع ألهم الله الخليفة الأول أبا بكر الصديق رضى الله عنه أن يقوم بجمع رقاعه التي كتب فيها أيام نزول الوحي ، وترتيبهـا على ما هو محفوظ لهم ، ثم يجيء من بعده الخليفة الثالث عثمان بن عفان ، ويقضي على الاختلاف في قراءته ، فيعهد إلى جماعة من القراء على رأسهم زيد بن ثابت أن يكتبوا المصحف بلغة قريش ، ثم ينسخ من هـذا المصحف عدة نسخ أرسلها إلى الأمصار الإسلامية ، وألزمهم بها ، وترك ما يخالفها من مصاحف كان بعض الصحابة كتبها لنفسه عند نزول الوحي بلغات أخرى ، وكان فيها بعض آيات نسخت .

ومن هذا اليوم وهو منارة الهدى لا يعرف التغيير والتبديل طريقـاً إليه مصداقاً لقوله تعالى« لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد » [2] .

نزوله منجما وحكمته : نزل هذا القرآن على رسول الله منجماً ، ولم ينزل دفعة واحدة ليتمكن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حفظه وإملائه على كتاب الوحي وقراءته على الناس للتعليم « وقرآنا فرقناه لتقرأه على الناس على مكث ونزلناه تنزيلا [3] » « المكث هو التأمل والتأني » وليسهل حفظه على هؤلاء الأميين الذين لم يكن لهم معرفة بالكتابة إلا قليلا ، فلو نزل جمـلة واحدة لعجزوا عن حفظه ، ولما استطاعوا كتابته في وقت واحد ، ومن وراء هذا

---

(١) الحجر – ٩ ، (٢) فصلت – ٤٢ (٣) الاسراء – ١٠٦

وذاك تثبيت قلب الرسول بتكرار نزول الوحي عليه كما جاء في قوله تعالى ، « وقال الذين كفروا لولا نزل عليه القرآن جملة واحدة كذلك لنثبت به فؤادك ورتلناه ترتيلا » [١] .

إعجاز القرآن : والقرآن هو معجزة [٢] رسول الله كما صرح بذلك القرآن والسنة . قال تعالى: « وقالوا لولا نزل عليه آيات من ربه قل إنما الآيات عند الله وإنما أنا نذير مبين أو لم يكفهم أنا أنزلنا عليك الكتاب يتلى عليهم إن في ذلك لرحمة وذكرى لقوم يؤمنون » [٣] .

ويروي لنا الأئمة أحمد والبخاري ومسلم بسندهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : ما من نبي من الأنبياء إلا أعطي من الآيات ما مثله آمن عليه البشر وإنما كان الذي أوتيته وحياً أوحاه الله إلي ، فأرجو أن أكون أكثرهم تابعاً يوم القيامة » [٤]

تحدى به العرب فعجزوا مع أنهم أرباب الفصاحة والبلاغة ، وقصة تحديهم موجودة في مواضع عديدة من القرآن [٥] .

---

(١) الفرقان — ٣٢ .

(٢) والقرآن معجز بلفظه ومعناه ، فإعجازه من ناحية اللفظ يجيء من بلاغته في التركيب والأسلوب ، وإعجازه من ناحية المعنى يجيء من جهة إخباره عن الأمم الماضية ، وإخباره عن المستقبل في حوادث حدثت بعد نزوله . مثل البشارة بفتح مكة ، وغلبة الروم للفرس ، وغير ذلك ، وبيانه للحقائق العلمية التي يكشف عنها العلم الحديث مصداقاً لقوله تعالى : « سنريهم آياتنا في الافاق وفي أنفسهم » ، وأخيراً ما جاء به من شرائع بلغت غاية السمو والعدالة في الوقت الذي كانت الأمم المتحضرة تقوم على العنصرية في تشريعها .

(٣) العنكبوت — ٥٠ . ٥١ . (٤) الموافقات جـ ٣ ص ٣١٧ .

(٥) تدرج في ذلك التحدي ، فطلب منهم أن يأتوا بمثله ، فلما عجزوا خفف الطلب الى عشر سور من مثله ، ثم الى سورة واحدة ، وفي كل مرة يقول لهم استعينوا بمن شئتم من الانس والجن وفي النهاية سجل عليهم العجز التام ، وجابههم بالحقيقة الناطقة بأن القرآن ليس في متناولهم فهم معاندون ينتظرهم جزاؤهم في نار وقودها الناس والحجارة
=

ولقد شهد له ألد أعداء الرسول ، وهو الوليد بن المغيرة حين سمع الرسول يقرأ منه شيئاً فقال لقومه : « والله ما منكم رجل أعرف بالأشعار مني ، ولا أعلم برجزه وقصيده مني ، والله مـا يشبه الذي يقوله شيئاً من هذا ، والله إن لقوله الذي يقوله لحلاوة ، وإن عليه لطلاوة ، وإنه لمثمر أعلاه ، مغدق أسفله ، وإنه ليعلو ولا يعلى عليه ، وإنه ليحطم ما تحته » مغدق : غزير .

وإذا عجز العرب كلهم عن الإتيان بمثله ، وهو الذي نزل بلغتهم ، وهم أهل الفصاحة والبلاغة فلا يعقل بعد ذلك أن يستطيع غير العربي مهما أوتي من بلاغة الإتيان بما عجز عنه العرب أنفسهم ، على أن إعجازه العلمي والتشريعي المستمرين على مدى الأيام كافيان في إلزام غـير العرب فلزمت الحجة الجميع ، ووجب التسليم بأنه كلام الله وأن مبلغه رسول الله ، وخاتم النبيين كما صرح به القرآن « ما كان محمد أبا أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين »[2] .

= يقول الله تعالى : « قل فأتوا بكتاب من عند الله هو أهدى منهما أتبعه ان كنتم صادقين فإن لم يستجيبوا لك فاعلم أنما يتبعون أهواءهم ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هوى من الله ان الله لا يهدي القوم الظالمين » القصص - ٤٩ - ٥٠ ، وفي أخرى يقول : « أم يقولون تقوله بل لا يؤمنون فليأتوا بحديث مثله ان كانوا صادقين » الطور - ٢٣ - ٢٤ . وفي ثالثـة يقول : « أم يقولون افتراه قل فأتوا بعشر سور مثله مفتريات وادعوا من استطعتم من دون الله ان كنتم صادقين ، فإن لم يستجيبوا لكم فاعلموا أنما أنزل بعلم الله وأن لا إله إلا هو فهل أنتم مسلمون » هود - ١٣ = ١٤ . وفي غيرها يقول : « أم يقولون افتراه قل فأتوا بسورة مثله وادعوا من استطعتم من دون الله ان كنتم صادقين » يونس - ٣٨ .

وأخيراً يقول : « وإن كنتم في ريب مما نزلنا على عبدنا فأتوا بسورة من مثله وادعوا شهداءكم من دون الله ان كنتم صادقين . فإن لم تفعلوا ولن تفعلوا فاتقوا النار التي وقودها الناس والحجارة أعدت للكافرين » البقرة ٢٣ - ٢٤ . كما سجل عليهم العجز التام قبل ذلك بقوله : « قل لئن اجتمعت الانس والجن على أن يأتوا بمثل هـذا القرآن لا يأتون بمثله ولو كان بعضهم لبعض ظهيرا » الإسراء - ٨٨ .

(٢) الأحزاب ٤٠ .

والقرآن أصل للتشريع الإسلامي ، فهو الذى بين أسس الشريعة كلهـا . سواء كانت اعتقادية ، أو خلقية ، أو عمليـة ، لكنه عني بالأوليين ففصلهما تفصيلاً تاماً .

وأما التشريع العملي فقـد أوفاه إجمالاً ، ولم يعن بالتفصيل فيه إلا لبعض أحكام لا تتغير على مر الأيام ، كأحكام المواريث ، وأحكام الأسرة ، ويظهر جلياً من تتبع آياته واستقرائها ، فإننا نجـد نصيب التشريع العملي قليلاً بالنسبة لغيره

والسبب في ذلك أن العقيدة هي الأساس لغيرها ، والعقائد لا تتغير بمرور الأيام ، وأما التشريعات العملية فهي أولاً تتبع تجدد الحوادث ، وثانياً تختلف تبعاً لاختلاف الزمان والمكان ، على أن تفصيل أحكامها مع كثرتها يخرج القرآن عن القصد الأول منه ، وهو أنه كتاب هداية وإرشاد ، لذلك أجمـل القرآن أحكامها وترك تفصيلها إلى السنة ، فأمر باتباع الرسول فقال : « ومـا آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا »[1] ، وفي آية أخرى جعل طاعة الرسول طاعة لله « من يطع الرسول فقد أطاع الله »[2] ، وأمر الرسول بالبيان في قوله : « وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم ولعلهم يتفكرون »[3] .

والمتتبع لتشريع الأحكام فيـه يجدها جاءت على هيئة نصوص عامة ، وقواعد كلية فيها من المرونة واليسر ما يجعلها صالحة للتطبيق في كل عصر ، وفي كل مكان ، لأن القواعد لا تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة ، وإنمـا الذي يختلف هو الجزئيات ، ولقـد فصل الرسول ما أجمله القرآن ، وجـاء الأئمة والمجتهدون من بعده واستنبطوا من آياته الشيء الكثير .

---

(١) الحشر ـ ٧ (٢) النساء ـ ٨٠ (٣) النحل ـ ٤٤ .

ثم إن القرآن في تشريعه العملي لم ينس الفرض الأول من إنزاله ، وهو الهداية والتذكير ، فتراه يذكر الحكم الواحد في مواضع متفرقة ليكون بمثابة التنبيه والتذكير للقارىء حتى لا يغلبه النسيان ، وكثيراً ما يتبع الحكم ببيان الحكمة من تشريعه ، أو يردفه بالوعيد الشديد لمن لم يمتثل .

إقرأ إن شئت قوله تعالى : « إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم ناراً وسيصلون سعيرا »[1] . جاء هذا بعد بيان أحكام التصرف في أموال اليتامى .

وفي تشريع عقوبة السارق يقول : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالاً من الله والله عزيز حكيم »[2] .

وفي بيان حكم قطاع الطريق يقول : « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم »[3] .

ويقول في شأن الربا : « الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون يمحق الله الربا ويربي الصدقات والله لا يحب كل كفار أثيم .. » إلى أن قال : « ياأيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين . فإن لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون »[4] .

---

(١) النساء — ١٠ (٢) المائدة — ٢٨ (٣) المائدة — ٣٣ .
(٤) البقرة من ٢٧٥ — ٢٧٩ .

حجية القرآن ودلالته على الاحكام : وقـد اتفق المسلمون على أن القرآن مصدر من مصادر التشريـع ، وأن أحكامه واجبة الاتباع ، وأنه المرجع الأول لا يلجأ أحد إلى غيره إلا إذا لم يجد ما يطلبه فيه ، وأن دلالته على الأحكام قـد تكون قطعية إذا كان اللفظ الوارد فيه يدل على معنى واحد ، ولا يحتمل غيره. وقد تكون ظنية إذا كان لفظه يحتمل الدلالة على أكثر من معنى .

كيف وصل إلينا القرآن :

ويحسن هنا أن نذكر كلمة عن الطريقة التي وصل بها إلينا القرآن فنقول : نزل القرآن على رسول الله منجما حسب الحوادث والمناسبات ، وكان كلما نزل جبريل بشيء منه بلغه رسول الله لمن حضر من المؤمنين ، ثم يدعو كتاب الوحي ويأمرهم بكتابة هذا الجزء .

ومن متممات التنزيل أن يبين جبريل الأمين مكان ما ينزل به من السور حتى يحفظ القرآن مرتباً .

وفي شهر رمضان من كل عام كان يعرض رسول الله ما عنده من القرآن على جبريل . حيث كان ينزل لهذا الغرض ، وفي العـــام الأخير من حياة الرسول عرضه مرتين ، فكان جبريل يقرأ أولاً ، ثم يتلوه الرسول بالقراءة ، ولم ينتقل الرسول إلى الرفيق الأعلى إلا والقرآن كله محفوظ في صدور الصحابة مرتبـاً ، غير أنهم لم يكونوا كلهم في الحفظ سواء ، بل فيهم الحـافظ لبعضه ، ومن يحفظه كله ، ومنهم من حضر العرضة الأخيرة التي استقر عليهـا وضع القرآن الأخير مجرداً ممـا نسخ منه ، ومنهم من لم يحضرها ، كما كان مكتوباً في الرقاع من قطع الأديم والعسب والأكتاف[1] وغيرها، لكنه غير مجموع ولا مرتب السور

---

(١) العسب : الأجزاء العريضة من جريد النخل ، والأكتاف العظم العريض في كتف البعير وغير ذلك من اللخاف وهي الحجارة الرقاق .

والحكمة في عدم جمع الرسول لهذا المكتوب مرتباً واضحة ، وهي أنه كان ينتظر الوحي حتى آخر لحظة من حياته ، فربما نزل شيء ، أو نسخ منه آيات فيكفي حفظ الصحابة له مرتباً ، والله سبحانه من وراء ذلك كله متكفل بحفظه من الضياع والتبديل « إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له الحافظون » .

وثمة حكمة أخرى هي أن رسول الله لم يوجه كل عنايته لهذا المكتوب لئلا يفهم الصحابة أن المعول عليه في نقل القرآن هو الكتابة ، فيتراخوا في حفظه ، والكتابة حينذاك سهلة المحو والتبديل ، فترك ذلك ليستقر في نفوسهم أن المعول عليه أولا هو الحفظ والنقل بطريق القراءة ، وإنما أمر بكتابته ليكون تذكرة للقراء ، وليكون له سندان الحفظ والكتابة .

جمع المصحف : واستمر الأمر على هذا بعد وفاة الرسول إلى أن كانت وقعة اليمامة في خلافة أبي بكر وقتل فيها عدد كبير من القراء ، فأشار عمر على أبي بكر رضي الله عنهما بجمع القرآن في المصحف خشية أن يذهب منه شيء بموت القراء ، وكان ما بينهما من المناقشة حتى شرح الله صدر أبي بكر لهذا العمل فدعا زيد بن ثابت وأمره بجمعه قائلا له : « إنك شاب عاقل لا نتهمك كنت تكتب القرآن لرسول الله وقد حضرت العرضة الأخيرة »فهذه العبارة تبين سبب اختيار زيد لهذه المهمة الشاقة ، ولأنه حفظ القرآن كله في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم .

امتثل زيد لهذا الأمر ، فأخذ يجمع القرآن من الرقاع المكتوبة وصدور الرجال ، ولم يكتف بواحد منهما عن الآخر زيادة في الاحتياط ، وليس معنى هذا أن زيداً وحده هو الذي كلف بهذا العمل ، وإنما كان هو صاحب المهمة الأصلية ، وقد عاونه غيره فيها .

يدل لذلك ما روى أن أبا بكر قال لعمر وزيد : « اقعدا على باب المسجد

فمن جاءكما بشاهدين[1] على شيء من كتاب الله فاكتباه » ، على أن ذلك العمل كان على ملأ من الصحابة كلهم ، فوافقوا عليه ولم ينكره أحد .

ولهذا الجمع فوائد كثيرة يكفينا منها . أنه بحث عن الرقاع والتثبت منها ، وجمعها في مكان واحد كالأصل الذي يرجع اليه حتى يستتب الأمر ويؤمن الضياع ،وتجديد ما عساه أن يكون قد تآكل من حروف الرقاع التي ليس من شأنها أن تحتفظ بما يرسم عليها من الحروف مدة طويلة ، وأخيراً اتصال السند الكتابي بأخذ الصحف البكرية من الصحف التي كتبت بين يدي رسول الله كما اتصل السند المتواتر في الرواية ، والتلقي عن الشيوخ فيكون القرآن متواتراً حفظاً وكتابة .

وبعد أن تم الجمع وضعت هذه الصحف عند أبي بكر ، ثم عند عمر من بعده ثم عند حفصة بنت عمر أم المؤمنين بوصية عمر ، فبقيت عندها إلى ان توفيت فأخذها عبدالله بن عمر :

مصحف عثمان الموحد

---

(١) يقول ابن حجر المراد بالشاهدين . الحفظ والكتابة ، وقال السخاوي أنهما يشهدان على أن ذلك المكتوب كتب بين يدي رسول الله ، أو المراد أنهما يشهدان على أن ذلك من الوجوه التي نزل بها القرآن ، فكان زيد لا يكتب شيئاً إلا إذا شهد به عدلان

ولذلك لما لم يجد آخر سورة براءة إلا مع خزيمة بن ثابت قال : اكتبوها فان رسول الله جعل شهادته بشهادة رجلين » راجع الاتقان للسيوطي ج ١ ص ٥٨

وفي رواية البخاري يقول زيد بن ثابت فتتبعت القرآن أجمعه من العسب واللخاف وصدور الرجال حتى وجدت آخر سورة التوبة مع أبي خزيمة الأنصاري لم أجدها مع أحد غيره « لقد جاءكم رسول من أنفسكم عزيز عليه ما عنتم » حتى آخر سورة براءة . يقول بعض الشراح إنه لم يجدها مكتوبة إلا مع ابي خزيمة مع أنه كان يحفظها وكان كثير من الصحابة يحفظونها ، لأنه كان يريد أن يجمع بين الحفظ والكتابة زيادة في التوثيق ومبالغة في الاحتياط ، ومنهم من يقول إن أبا خزيمة غير خزيمة بن ثابت الذي جعل رسول الله شهادته بشهادة اثنين .

مضى زمن أبي بكر وعمر ، ولم يجد في الأمر جديد حتى حدث في زمن عثمان أن تنازع القراء في القراءة واشتد النزاع بينهم ، ورمى بعضهم بعضاً بالخطأ. حدث ذلك حينما كان المسلمون من أهل الشام والعراق يقاتلون لفتح أرمينية وأذربيجان رأى حذيفة بن اليمان وهو من كبار الصحابة هذا الحدث ففزع ورفع الأمر للخليفة قائلاً له : « أدرك الأمة قبل أن يختلفوا اختلاف اليهود والنصارى قال فيماذا ، قال في كتاب الله ، وقص عليه الخبر فجمع عثمان الصحابة وشاورهم في الأمر ، فقالوا له ماذا ترى ؟ فقال أرى أن نجمع الناس على مصحف واحد ويحرق ما عداه فوافقوه على ذلك ، فأمر زيد بن ثابت وعبدالله بن الزبير وسعيد ابن العاص وعبد الرحمن بن الحارث بن هشام بكتابة القرآن ، وقال للقرشيين الثلاثة : إذا اختلفتم وزيد في شيء فاكتبوه بلغة قريش فإنه إنما نزل بلسانهم . فلم يختلفوا في شيء إلا في التابوت ، فقال زيد بالهاء ، وقالوا بالتاء ، فعرضوا الأمر على عثمان فأمرهم بكتابته بالتاء .

ولما انتهوا من الكتابة[1] نسخ عدة مصاحف وأرسلها إلى الأمصار وأمر الناس بحرق ما عندهم من المصاحف [2] التي تخالفها ، كما ألزمهم بالقراءة بما يوافقها .

وهنا يجيء التساؤل عن مصير الصحف البكرية بعد نسخ مصاحف عثمان وتوزيعها ؟

---

(١) كان هذا الجمع في أواخر سنة ٢٤ هـ وأوائل سنة ٢٥ هـ ، كما صرح بذلك الحافظ ابن حجر

(٢) روى ابن سعد في الطبقات الكبرى ج ٤ ص ١٧٠ وما بعدها عدة آثار تفيد ان نفراً من أصحاب رسول الله جمعوا القرآن في عهده وان اختلفت هذه الاثار في عددهم. منهم معاذ ابن جبل ، وأبي بن كعب ، وابو الدرداء . وزيد بن ثابت وعبادة ابن الصامت . وسعد بن عبيد وأبو ايوب وأبو زيد وكلهم من الأنصار .

وللجواب عن هذا التساؤل : نقول : إن العلمـاء مختلفون في هذا الموضع على رأيين فمنهم من ذهب إلى أن عثمان بعد أن فرغ من نسخ مصاحفه محا ما بهذه الصحف لئلا تكون مثار كلام فيما بعد . حيث يسهل محو ما بها من الكتابة .

ويذهب فريق آخر إلى أنها ردت إلى حفصة بعد عرض المصاحف عليها كما وعد عثمان ، وبقيت عندهـــا إلى أن توفيت سنة ٤٥ هـ على أصح الأقوال ، ثم أخذها عبدالله بن عمر بعد ذلك ، حتى أخذها منه مروان بن الحكم والي المدينة من قبل معاوية ومحاها ، فقد روى أنه لما تولى إمرة المدينة طلب هذه الصحف من حفصة فلم تعطها له ، فلما توفيت طلبها من أخيها عبدالله فأعطاها له فغسلها وقال : « وإنما فعلت هذا لأني خشيت إن طال بالناس زمان أن يرتاب في شأن هذه الصحف مرتاب » .

وأنا أميل إلى هذا الرأي الأخير ، لأن عثمان وعـــد أم المؤمنين برد هذه الصحف اليها ، وليس من المعقول ألا يوفي أمير المؤمنين بوعده ، لأن مصحف عثمان لم يكن مخالفاً لتلك الصحف في شيء حتى يمحوها كما حرق غيرهـــا من المصاحف التي كانت سبباً في الأختلاف،وهي مصاحف قد كتبها بعض الصحابة لأنفسهم ، وأثبتوا فيها بعض التأويلات مع الآيات، لأنها كانت مصاحف خاصة بأصحابها . مثل مصحف أبي بن كعب ، ومصحف عبدالله بن مسعود ، وكان أهل الشام يقرءون بقراءة أبي ،وأهل العراق يقرءون بقراءة عبدالله بن مسعود، فيأتي كل فريق بما لم يسمع الآخر .

والحادثة وقعت في الجيش المحارب من أهل الشام وأهل العراق .

ثم إن عثمان بعث مع كل مصحف إماماً يرشد الناس إلى وجوه قراءته .

فبعث عبدالله بن السائب مع المكي، والمغيرة بن شهاب مع الشامي. وأبا عبد الرحمن السلمي مع الكوفي، وعامر بن قيس مع البصري، وأمر زيد بن ثابت أن

يقرىء الناس بالمدني ، والأمر الذي رافق إرسال المصاحف هو الاقتصار في القراءة على ما وافقها ، وترك ما خالفها الذي صار في حكم المنسوخ .

خط المصحف العثماني : والخط الذي كتبت به المصاحف العثمانية وافق عليه الصحابة وعددهم حينذاك كبير ، وكان خالياً من النقط والشكل موافقاً لخط الصحف البكرية ، والرقاع النبوية .

ومن هنا وسع هذا المصحف جميع القراءات (١)

وهذا الخط وإن كان يبدو مخالفاً لما وصل إليه الخط الآن إلا أنه لا ينبغي تغييره حتى لا يكون ذلـــك ذريعة إلى التحريف والتبديل في القرآن ، لأن

---

(١) القراءات في القرآن :

تسمع القراء يقرءون القرآن بقراءات تختلف عن بعضها في النطق إما في المدو عدمه « مالك يوم الدين » وملك يوم الدين » ، وأما في شكل بعض الحروف نحو « فناداها مَن تحتها » وناداها مِن تحتها » والقسطاس والقسطاس المستقيم » كل ذلك كان سيئه عند ربك مكروها » « كل ذلك كان سيئة » . وغير ذلك من أوجه الاختلاف . والقراءات كثيرة منها المتواترة التي اتفق عليها المسلمون في كل عصر . ومنها الشاذة التي انفرد بها بعض القراء .

والقرآن بقراءاته متلقى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم كما تلقاه بدوره عن جبريل الأمين عليه السلام . وبلغه الرسول إلى العرب مع اختلاف لهجاتهم ، وكان من تيسير الله عليهم أن أذن لهم بقراءته كل ما ألفه من لغته ونطقه .

يدل لذلك ما روى عن رسول الله أنه قال : نزل القرآن على سبعة أحرف « وجـــاء في سبب هذا الحديث أنه قال : أقرأني جبريل على حرف فاستزدته فأقرأني على حرفين وهكذا حتى بلغت سبعاً » والواقعة مشهورة .

وكيف يتفق إلزام العرب على اختلاف لهجاتهم وكيفـــية النطق بكلماتهم – بطريقـــة واحدة وفيه من المشقة ما لا يخفى مـــع قوله تعالى : « ولقـد يسرنا القرآن للذكر فهل من مدكر » . =

الخطوط تختلف في رسومها ، وباب التغيير والتجديد فيها مفتوح ، فلو أبيح كتابة القرآن بغير الخط العثماني لاختلفت خطوط المصاحف ، وحينئذ يسهل التحريف فيها ، ولم لا تكون هذه ميزة له . كما تميز باعجاز لغته ؟ .

نقط المصحف وشكله : كان العرب بسليقتهم في غنى عن الشكل والنقط لتمييز الحروف ومعرفة رسمها . ولأن اعتمادهم في قراءته على التلقي من الحفظة .

= والعرب قوم أميون لا يعرفون الكتابة ولا القراءة إلا قليلا منهم » فكان من لطف الله بهم التيسير عليهم في قراءة ما يسمعونه من رسول الله .

ولقد أثر أن عمر بن الخطاب سمع هشام بن حكيم يقرأ سورة الفرقان على وجه غير الوجه الذي حفظهمن رسول الله فأخذه إلىالنبي صلى الله عليه وسلم وقرأ كل واحد منهما عليه ما سمعه منه ، فقال لكل منهما بعد قراءته : هكذا أنزلت ، ثم قال : إن هذا القرآن أنزل على سبعة أحرف فاقرءوا ما تيسر منها » .

تلقى الصحابة هذه القراءات عن رسول الله وأقرءوها للناس كما سمعوا واشتهر منهم بعد وفاته : أبي بن كعب ، وعثمان بن عفان ، وعلي بن أبي طالب ، وابن مسعود ، وزيد بن ثابت وأبو الدرد ء ، وأبو موسى الأشعري .

وعن هؤلاء أخذ كثير من الصحابة في الأمصار ، ولما جمع القرآن في عهد أبي بكر ، ثم نسخ بالخط الكوفي خالياً من الشكل والنقط ، وكانت هذه النسخ تحتمل تلك القراءات كلها المأثورة عن رسول الله .

واشتهر من القراء بعد عصر الصحابة سبعة :

١ – نافع بن أبي نعيم الذي قرأ على تلاميذ ابن عباس وتوفي سنة ١٦٧ هـ

٢ – عبدالله بن كثير الذي قرأ على تلاميذ ابن عباس أيضاً وتوفي سنة ١٢٠ هـ

٣ – أبو عمر بن العلاء المازني قرأ على تلاميذ ابن عباس ايضاً وتوفي سنة ١٥٤ هـ

٤ – عبدالله بن عامر الذي قرأ على تلاميذ عثمان وعلي وابي الدرداء وتوفي سنة ١١٨ هـ

٥ – أبو بكر عامر بن ابي النجود الذي قرأ على تلاميذ عثمان ، وعلي ، وأبي الدرداء وابن مسعود وابي بن كعب ، وزيد بن ثابت ، وتوفي سنة ١٢٧ هـ =

فهم يقرءونه بقراءتهم .

فلما اختلط العرب بالعجم ، وفسدت الألسنة تشابهت أوضاع الحروف عليهم ، فتوفرت الداعية للنقط والشكل ، وأصبح أمراً لازماً خوف اللحن في القرآن عند قراءته .

ابتـــدأ ذلك في أوائل عهد الأمويين ، فأمر زياد بن أبيـه أمير العراق أبا الأسود الدؤلي المتوفي سنة ٦٩ هـ ، وهو من كبار التابعين المتقنين للقراءة والواضع لعلم النحو في زمن علي كرم الله وجهه أمره أن يضع للناس علامات تضبط قراءتهم فشكل أواخر الكلمات من المصحف الشريف ، وجعل الفتحة نقطة فوق الحرف ، والكسرة نقطة تحته ، والضمة نقطة إلى جانبه ، وجعل علامة الحرف المنون نقطتين ، فانتشرت هذه الطريقة بين الناس وعملوا بهـــا ، ولكنها لم تحفظ الألسنة من اللحن ، فوقع التحريف والتصحيف في القراءة من

= ٦ — حمزة بن حبيب الذي قرأ على تلاميذ علي وابن عباس ، وعثمان وتوفي سنة ١٥٤ هـ

٧ — أبو الحسن علي بن حمزة الكسائي قرأ على حمزة بن حبيب وتوفي سنة ١٨٩ هـ ، وهؤلاء كانوا مفرقين في الأمصار الإسلامية . مكة والمدينة والبصرة والكوفة ودمشق وغيرها ، ثم تلا هؤلاء تلاميذ لم يكونوا أقل عناية بالحفظ والضبط ممن تلقوا عنهم من شيوخ القراءات ، بل زادت عنايتهم ، وتلقى عنهم القراء طبقة بعد طبقة حتى اتصل السند الحفظى كما اتصل السند الكتابي .

ولقد اعتمد علماء القراءات في صحة القراءة وقبولها على ثلاثة أمور ، متى توافرت كانت القراءة صحيحة ، ومتى اختلت أو اختل واحد منها كانت إما ضعيفة أو شاذة أو باطلة وهذه الأمور هي :

١ — أن توافق الرسم العثماني :

٢ — أن توافق اللغة العربية بوجه من وجوهها .

٣ — أن تكون صحيحة السند .

ولقد غني العلماء بتلك القراءات وألفوا فيها كثيراً من الكتب وتلقاها الراغبون في تعلمهـا طبقة عن طبقة ثم زادت عناية الدولة بها ، فأنشأت معهداً للقراءات يتبـع إحدى كليات الجامعة الأزهرية .

بعض الناس ، فدعا ذلك إلى إعجام الحروف « نقطها » وشكل أوائل الكلمات وأواسطها وأواخرها .

قام بالأعجام نصر بن عاصم المتوفي سنة ٩٠ هـ بأمر الحجاج الثقفي ، وقام بالشكل الخليل بن أحمد المتوفي سنة ٧٠ هـ ، فغير الشكل الذي وضعه أبو الأسود وجعل الفتحة ألفاً مسطوحة فوق الحرف ، والكسرة ياء تحته ، والضمة واواً في أعلاه ، ووضع علامات للمدو التشديد ، وهكذا تدرج الشكل حتى وصل إلى وضعه الحالي .

ثم عنى القراء والحفاظ بوضع علامات الفصل والوقف ، وزادت العناية به . فوضعوا أحكام التجويد والقراءات ، وكل ذلك لم يغير رسم الكلمات الأصلية فلا يقال : إنكم غيرتم الرسم العثماني ؟

٢ – السنة

« معناها . المراد بهـا هنا . منزلتها من القرآن .
تدوينها . الاختلاف فيها . دليل اعتبارها من
القرآن » .

السنة في اللغة الطريقة المعتادة . ومنه قوله تعـالى : « فلن تجد لسنة الله تبديلا » « ولن تجد لسنة الله تحويلا [١] » . وقول رسول الله : « من سن سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة ، ومن سن سنة سيئة فعليه وزرها ووزر من عمل بها إلى يوم القيامة » .

وفي اصطلاح الشرع استعمل لفظ السنة في معنى أخص من المعنى اللغوي وهو الطريقة المعتادة في العمل بالدين أو الصورة العملية التي بهـا طبق النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه أوامر القرآن حسبما تبين لهم من دلالة القرآن ومقاصده

ويراد بها في هذا الموضع ما روي عن رسول الله من أقوال وأفعال وتقريرات فهي بهذا المعنى مصدر من مصادر التشريع في المرتبة الثانية بعد القرآن ، وهي بالنسبة إليه شارحة ومبينة ، ومؤكدة ، لأنها قد تبين مجملا فيه مثل قول الرسول: « صلوا كما رأيتموني أصلي » المبين لقوله تعالى: « أقيموا الصلاة » ، ومثل قوله :

---

(١) فاطر : ٤٣ (٢) وبيان السنة للقرآن كما ذهب إليه فريق من العلماء . على وجوه . منها بيانها لما أجمل فيه كبيان فرائض الصلاة وكيفيتها وأوقاتها وبيان مقادير الزكاة وأعمال الحج. ومنها : بيانهـا لمطلقه وأن المراد منه التقييد كبيانها أن القطع المطلق في آية السرقة من أنه من الرسغ لا مطلق اليد .

ومنها : بيانها لعامه وأن المراد تخصيصه كبيانها للسارق من أنه سارق مقدار معين من مكان معين . ومنها : بيان الزيادة على القرآن . كتحريم الجمع في الزواج بين المرأة وعمتها أو خالتها . وبيان المحرمات من الرضاع . وبيان ميراث الجدة وغير ذلك .

« هاتوا ربع عشر أموالكم » . وما في معناه المبين لقوله تعالى : « وآتوا الزكاة» ومثل بيانه لأعمال الحج والعمرة ، والبيع والربا إلى غير ذلك [1] .

وقد تكون مؤكدة لما جاء فيه ، مثل حديث « استوصوا بالنساء خيراً ، فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله » فإنه مؤكد لقوله تعالى : « وعاشروهن بالمعروف » وحديث « لا يحل مال امرىء إلا بطيب من نفسه » فإنه مؤكد لقوله تعالى : « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ، وأحاديث تحريم شهادة الزور ، وقتل النفس المعصومة ، والزنى ، وأحاديث حقوق الوالدين وغيرها .

وهي من ناحية بيانها وتوكيدها فيها معنى التبعية للقرآن ، وهذا لا ينفي كونها مصدراً مستقلاً للتشريع [2] لأنها أتت بأحكام كثيرة لم يرد ذكرها في القرآن [2] مثل حديث « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » . وحديث « لا تنكح المرأة على عمتها أو خالتها ، ولا المرأة على ابنة أخيها أو أختها إنكم

---

(١) يقول الامام الشافعي في رسالته : لم أعلم من أهل العلم مخالفاً في أن سنن النبي صلى الله عليه وسلم من ثلاثة وجوه . أحدها ما أنزل الله عز وجل فيه نص كتاب فسن رسول الله مثل ما نص الكتاب ، والاخر ما أنزل الله عز وجل فيه جملة فبين عن الله معنى ما أراد ، والوجه الثالث ؛ ما سن رسول الله مما ليس فيه نص كتاب » .

ويقول ابن القيم : والسنة مع القرآن على ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يكون موافقة له من كل وجه ، فيكون توارد القرآن والسنة على الحكم الواحد من باب توارد الأدلة وتضافرها .

ثانيها : أن تكون بياناً لما أريد بالقرآن وتفسيراً له . وهو يشمل تفصيل المجمل وتقييد المطلق وتخصيص العام .

ثالثها : أن تكون موجبة لحكم سكت القرآن عن إيجابه . او محرمة لما سكت عن تحريمه .

(٢) وقد ادخل بعض العلماء هذا النوع في بيان السنة كما اشرنا إلى ذلك في هامش الصفحة السابقة ولعل هؤلاء يقصدون بذلك نفي استقلال السنة عن القرآن .

وهذا كما ترى لا ينفي ان السنة أتت بأحكام لم تذكر في القرآن وإلا فما معنى الزيادة ؟.

إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » ، وكالحديث الذي بين ميراث الجدة ، وأن لبنت الابن السدس مع البنت ، وحديث صدقة الفطر ، وكذلك أوجبت الدية على العاقلة ، وحديث منع القاتل من الميراث ، ومنع التوارث بين المسلم والكافر وغير ذلك .

وليس كل ما نقل عن الرسول من أقوال وأفعال وتقريرات يعتبر مصدراً تشريعياً ، فإن ما صدر عنه باعتباره بشراً وإنساناً كالأكل والشرب والنوم والقيام والمشي وغيرها ليس من التشريعات في شيء ، وكذلك ما ثبت بالدليل أنه خاص به ، كالوصال في الصوم ، والجمع بين أكثر من أربع من النساء ، وزواجه بغير مهر في بعض الأحيان ، كل ذلك لا يجب الاتباع فيه ، بل هو خاص به صلى الله عليه وسلم ، ويلحق بذلك اجتهاداته في الأمور الدنيوية ، كنهيه عن تأبير النخل ، وتنظيم الجيوس وغيرها ، وما عدا ذلك هو المصدر التشريعي الواجب علينا اتباعه فيه .

ثم إن نصوص السنة تختلف في دلالتها على الأحكام ـ كاختلاف دلالة القرآن ـ فمنها ما هو قطعي الدلالة إذا كان النص لا يحتمل إلا معنى واحداً . ومنها ما هو ظني الدلالة إذا كان النص يحتمل معنيين أو أكثر .

تدوين السنة : من الثابت المعلوم أن السنة لم تكتب في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كما كتب القرآن ، لأن الرسول نهاهم [1] عن كتابتها خوف اختلاطها بالقرآن ، وتوفي رسول الله وهي محفوظة في صدور أصحابه كل على مقدار استعداده ، ومبلغ حضوره مجالس الرسول ، فبينما نرى واحداً منهم لا يحفظ إلا طائفة قليلة من الأحاديث إذ بنا نجد غيره يحفظ الألاف منها ، ولم

---

(١) روى مسلم واحمد والترمذي والنسائي عن ابي سعيد الخدري قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم . « لا تكتبوا عني شيئاً سوى القرآن فمن كتب عنى غير القرآن فليمحه ، وروى مسلم عن ابي سعيد ايضاً قال : حرصنا ان يأذن لنا النبي في الكتابة فأبى » .

يرو لنا التاريخ أنه كتب شيء منها في عهده إلا مـا قيل : إنه كان لعبد الله ابن عمرو بن العاص صحيفة تسمى الصادقة دون فيها بعض الأحاديث ، ومـا روي كذلك عن علي كرم الله وجهه .

وفي خلافة أبي بكر رضى الله عنه لم يفكر أحد في تدوينها للسبب السابق . ولقصر مدة هذه الخلافة ، فلما وليها عمر رضي الله عنه عرضت له فكرة التدوين فشاور الصحابة فيهـا ، فأشاروا عليه بجمعها ولكنه مكث شهراً يستخير الله حتى انتهى إلى العدول عن هذا الأمر لأسباب منها :

أنه وجد هذا العمل يصعب تنفيذه ، لأن رسول الله توفي تاركاً سنته موزعة في صدور أصحابه وهم كثيرون ، تفرقوا في البلدان ، ولا يمكن جمعهم في مكان واحد ، ولو فرض إمكانه فلا يمكن كل واحد منهم أن يقول مـا عنده مرة واحدة ، لأنها أقوال يتذكرها حافظها عند المناسبات ، كما كان يخشى اختلاطها بالقرآن واشتغال الناس بها عنه [1]

ولم يقف الأمر به عند هذا الترك ، بل تخطاه إلى نهيه لهم عن كثرة الرواية وتخويفهم من ذلك . وبعد هـذا كان يتشدد في قبول الحديث - كما سبقت الإشارة إليه .

ثم عرضت هذه الفكرة للخليفة العادل عمر بن عبد العزيز في أواخر حياته

---

(١) جاء في كتاب بيان العلم لابن عبد البر جـ ١ ص ٦٤ بهذا الشأن ما يلي :

روى عروة بن الزبير أن عمر بن الخطاب اراد ان يكتب السنن واستشار فيه اصحاب رسول الله ، فأشار عليه عامتهم بذلك فلبث شهراً يستخير الله في ذلك شاكاً فيه ، ثم اصبح يوماً وقد عزم الله له ، فقال : إني كنت ذكرت لكم من كتابة السنن ما قد علمتم ، ثم تذكرت فإذا اناس من اهل الكتاب من قبلكم قد كتبوا مع كتاب الله كتاباً فأكبوا عليها وتركوا كتاب الله ، وإني والله لا البس كتاب الله بشيء فترك كتابة السنن » .

ففي سنة ١٠٠ هـ أمر أبا بكر ابن حزم قاضي المدينة [١] أن يجمع السنة فامتثل ولكن الخليفة توفي بعد عام واحد في سنة ١٠١ هـ ، والعام لا يكفي لتحقيق هذا الطلب حينذاك ، ولم يعن من جاء بعده من خلفاء بني أمية بهذا الأمر لاشتغالهم بالسياسة وإدارة الحكم . إذا استثنينا ما روى عن هشام بن عبد الملك أنه لما تولى الحكم سنة ١٠٥ هـ حث ابن شهاب الزهري على تدوين الحديث ، بل قيل إنه أكرهه على ذلك ، وتوفي هشام سنة ١٢٥ هـ ،

وفي عهد العباسيين جمعت السنة ، وابتدأ تدوينها في منتصف القرن الثاني ـ تقريباً ـ ففي مكة والمدينة والشام ومصر والكوفة والبصرة ، وكل بلد إسلامي وجد به علماء دونوا السنة ، أمثال الإمام مالك بالمدينة ، والإمام الأوزاعي بالشام ، والإمام الليث بن سعد بمصر ، وسفيان الثوري بالكوفة إلا أن هذه المجموعات لم يصلنا منها إلا القليل ، مثل كتاب الموطأ للإمام مالك بن أنس وهو يعطينا صورة عن الكتب التي ألفت في السنة حينذاك ، وهي أنها كانت خليطاً من الأحاديث ، وأقوال الصحابة ، وفتاويهم ، ولم يعن أصحابها بالسنة عناية من جاء بعدهم ممن تخصص في جمع الأحاديث وترتيبها .

تلك هي الخطوة الأولى في جمع السنة ، ثم تلتها الخطوة الثانية ، وفيها عني أصحابها إفراد حديث رسول الله عن فتاوى الصحابة ، وأقوال التابعين وكانت هذه الخطوة على رأس المائتين ، ولكنها ابتدأت بطريقة المسانيد ، وهي جمع أحاديث كل صحابي على حدة في جميع الأبواب ، وهذه وإن كانت جردت الأحاديث من غيرها إلا أنها لم تفرد الصحيح من غيره .

وفي القرن الثالث ظهرت طريقة جديدة وهي تمييز الأحاديث الصحيحة من غيرها ، والبحث عن الرواة ، فكان هذا أزهى عصور الحديث ، وفيه ألف

---

(١) تولى قضاء المدينة لسليمان بن عبد الملك ولعمر بن عبد العزيز وتوفي سنة ١٢٠ هـ .

البخاري المتوفي سنة ٢٥٦ ﻫ ،ومسلم بن الحجاج المتوفي سنة ٢٦١ ﻫ صحيحيهما[1] وأبو داود المتوفي سنة ٢٧٥ ﻫ ، وابن ماجه المتوفي سنة ٢٧٥ ﻫ ، والترمذي المتوفي سنة ٢٧٩ ﻫ ، والنسائي المتوفي سنة ٣٠٣ ﻫ ، سنتهم . وكتب هؤلاء هي المعروفة بالكتب الستة ، ويلحق بها مسند الإمام أحمد المتوفي سنة ٢٤١ ﻫ .

ولقد كان عدم تدوين السنة سبباً من أسباب وضع الأحاديث ، والكذب على رسول الله ، فظهرت طائفــة من الناس تؤلف المقالات ، وتنسبها إلى رسول الله ، لأسباب عديدة[2] . مما دعــا العلمــاء إلى زيادة العناية بالسنة .

---

(١) مكث البخاري في تأليف كتابه ست عشرة سنة وأخرجه من ٦٠٠ ألف حديث وعدد أحاديثه كما قال الحافظ ابن حجر في شرحه ٣٥١٣ .

أما مسلم فألف كتابه من ٣٠٠ ألف حديث مسموعة وبلغت أحاديثه أربعة آلاف حديث دون المكرر .

(٢) منها الخصومة السياسية التي وقعت بين الشيعة وغيرهم ، وبين الأمويين والعباسيين .

والتنافس بين العرب والموالي أدى إلى وضع أحاديث فضل العرب على العجم وبالعكس . والتعصب للمذاهب الفقهية والكلامية ادى إلى وضع احاديث في فضل الأئمة ، ومنها التساهل في باب الفضائل والترغيب ، كما حكي عن نوح بن ابي مريم أنه وضع احاديث فضل سور القرآن فلما سئل عن ذلك قال : لما رأيت اشتغال الناس بفقه ابي حنيفة ومغازي محمد بن إسحاق واعرضوا عن حفظ القرآن وضعت هذه الأحاديث حسبة لله تعالى .

ومنها التقرب إلى الحكام بوضع ما يوافق هواهم ، كالذي حكي عن غياث بن ابراهيم أنه دخل على المهدي بن المنصور وكان يعجبه اللعب بالحمام ، فروى له حديث لا سبق إلا في خف او حافر (أو جناح) فأمر له بعشرة آلاف درهم ولما خرج قال : « أشهد ان قفاك قفا كذاب ما قال رسول الله او جناح ، ولكنه اراد ان يتقرب إلينا ، ثم امر بالحمام فذبح) سبق بفتح الباء وهو الرواية الصحيحة ـ ما يجعل للسابق على سبقه من جعل أو نوال ، أما السبق بسكون الباء فهو مصدر سبقت الرجل اسبقه سبقاً ، والمعنى ان الجعل لا يستحق إلا في سباق الخيل والأبل وما في معناهما في ذلك الوقت من الرمي وغيره ، لأن هذه الأمور كانت عدة القتال يومئذ . ويلحق بها كل ما استحدث من معدات القتال كالطائرات والصفحات وغيرها.

والدفاع عنهـا ، وكشف حيل المحتالين ، وفضح أعمـــال الكذابين ، فوضعوا القواعد لقبول الحديث أو رده .

كما كان سبباً في انقسام الأحاديث باعتبار كثرة رواتها وقلتهم إلى أحاديث متواترة ، وأخرى غير متواترة ، وهذه تنوعت باعتبار مركز راويهـا ومقدار الثقة فيــه إلى أحاديث صحيحة وأخرى حسنة ، وثالثة ضعيفة ، كما تنوعت باعتبارات أخرى إلى أحاديث موصولة وأخرى منقطعة ، وأحاديث مرفوعة وأخرى مرسلة أو موقوفة ، وغير ذلك مما هو معروف في علم مصطلح الحديث.

ومن هنا لم يكن ثبوتها كثبوت القرآن ، لأنه نقـــل كله بطريق التواتر القطعي فكان مقطوعاً بأنه كلام الله ، وأما السنة فقد كان منها المنقول بطريق التواتر ، ومنها المنقول بطريق الشهرة ، ومنهـــا المنقول بطريق الآحاد بعضه

= والسباق بعوض مشروع إذا كان من جانب واحد من المتسابقين أو كان الجعل من أجنبي لأيهما يسبق . أما إذا كان من الجانبين وليس بينهما ثالث فلا يجوز لأنه قمار .

وتروى هذه القصة بأن الرشيد كان يعجبه اللهو بالحمام فأهدي إليه حمام وعنده أبو البحتري القاضي . تولى قضاء المدينة ثم ولي قضاء بغداد بعد أبي يوسف وتوفي سنة ٢٠٠ في خلافة المأمون.

فقال : روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا سبق إلا خف أو حافر أو جناح ، فزاد أو جناح وهي لفظة وضعها للرشيد فأعطاه جائزة سنية ولما خرج قال الرشيد : لقد علمت أنه كذاب وأمر بالحمام أن يذبح فقيل له : وما ذنب الحمام قال : من أجله كذب على رسول الله .

وأخيراً القصد إلى افساد هـذا الدين من الحاقدين عليه الذين دخلوه تقية ، فلقد روي أن عبد الكريم بن ابي العوجاء الوضاع لما اخذ لتضرب عنقه بعد ان اشتهر عنه ذلك قال : وضعت فيكم اربعة آلاف حديث احرم فيها واحلل .

ولقد تنبه العلماء المخلصون الى هذه الظاهرة فامتنعوا عن سماع تلك الأحاديث ولم يقبلوا الا ما وثقوا بصحته ، ثم وضعوا قواعد الجرح والتعديل لتوزن بها الأحاديث ، ويظهر ان هـذا الوضع بدأ في عهـد الصحابة لما رواه مسلم بسنده ان بشيرا العدوي جاء الى ابن عباس فجعل يحدث ويقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال فجعل ابن عباس لا يأذن لحديثه ولا ينظر اليه فقال : يا ابن عباس مالي لا اراك تسمع لحديثي ؟ احدثك عن رسول الله ولا تسمع ، فقال ابن عباس : إنا كنا مرة (زمناً) اذا سمعنا رجلا يقول قال رسول الله ابتدرته ابصارنا واصغينا اليه بآذاننا فلما ركب الناس الصعبة والذلول لم نأخذ من الناس الا ما نعرف .

موصول السند ، وبعضه غير موصول . الأمر الذي أدى إلى الاختلاف في كون السنة تعتبر مصدراً تشريعياً كالقرآن أو لا .

وقد اتفق جمهور المسلمين على اعتبار السنة مصدراً من مصادر التشريع تلي القرآن في المرتبة ، لأنهم ما كانوا يلجئون إليها إلا إذا لم يجدوا نصاً في كتاب الله أو وجدوه مجملاً غير مفصل ، وإن اختلفوا في شروط اعتبارها .

وقد تقدم عند الكلام على المذاهب ما يشترطه كل إمـــام في الحديث الذي يعمل به .

وخالف في ذلك طائفة شذت ، فذهبت إلى أن السنة لا يعمل بهـــا إلا إذا وافقت القرآن ، مستندين إلى حديث طعنه العلماء بأنه موضوع مكذوب على رسول الله وهو : « ما أتاكم عني فاعرضوه على كتاب الله فإن وافق كتاب الله فأنا قلته ، وإن خالف كتاب الله فأنا لم أقله . وكيف أخالف كتاب الله وبه هداني الله » فلقد قال فيه عبد الرحمن بن مهدي : الزنادقة والخوارج وضعوا ذلك الحديث ، وقال قوم : إنا عرضنا هـذا الحديث على كتـاب الله — كما يقول أصحابه — فوجدناه مخالفـاً له ، لأنا وجدنا كتاب الله يأمر بطاعة الرسول ، ويحذر من مخالفته ، ويطلق التأسي به [1] .

---

(١) أنظر الموافقات للشاطبي ج ٤ ص ١٨ و ١٩ ، وكتاب (إيقـاظ همم أولي الأبصار ص٤٨ للشيخ المحدث الفلاني نسبة إلى فلان قبيلة في السـودان المتوفي سنة ١٢١٨ هـ . ولقد روى ابو يوسف في كتابه الرد على سير الأوزاعي ص ٢٥ وما بعدها هذا الحديث بصدد تأييد مذهبه في الاقتصار من الأحاديث على ما اشتهر منها ، فهو يقصد ان حديث الآحاد لا يقبل الا اذا وافق كتاب الله وما أشتهر من احاديث رسول الله ، يؤيد ذلك ان المعلق على الكتاب العلامة ابو الوفا الأفغاني ذكر عدة روايات لهذا الحديث جاء فيها رواية تقول (إنه سيأتيكم عني احاديث مختلفة فما اتاكم موافقاً لكتاب الله وسنتي فهو مني . وما اتاكم مخالفاً لكتاب الله وسنتي فليس مني) ، ثم نقل عن المعتصر من المختصر من مشكل الاثار ص ٤٦٢ ان الضحاوي قـال : والحـاصل ان الحديث المروى اذا وافق الشرع وصدقه القرآن ومـا تظاهرت به الاثار ولوجود معناه في ذلك وجب تصديقه ، لأنه ان لم يثبت القول بذلك اللفظ فقد ثبت انه قال معناه بلفظ آخر . وان كان الحديث المروى مخالفاً للشرع يكذبه القرآن والأخبار المشهورة وجب ان يدفع ويعلم انه لم يقله وهذا ظاهر .

وهـذه الطائفة المشككة انقرضت وأرخى عليها التاريخ ستار النسيان والحمد لله .

والدليل على اعتبار السنة مصدراً تشريعياً ما جاء في القرآن من الآيات الدالة على ذلك منها :

قوله تعالى : « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا »[1] وقوله :

« وأطيعوا الله والرسول » ، وقوله : « فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم »[2].

وأخيراً يقول رسول الله : « تركت فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما كتاب الله وسنتي » .

---

(١) الحشر – ٧ (٢) النور – ٦٣ .

المصادر التبعية . النوع الأول :

١ ــ الإجماع [1]

تعريفه . إمكان تحققه . محل دلالته .
أنواعه . أمثلة مما ثبت به .

الإجماع هو المصدر الثالث من مصادر الفقه الإسلامي ، والعلماء مختلفون في تعريفه ، وأحسن ما قيل فيه : « إنه اتفاق المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي .

ومعنى ذلك . أن تقع حادثة بعد عصر الرسول لا يوجد نص صريح في حكمها فيجتهد فيها المجتهدون كلهم . سواء أكانوا مجتمعين في مكان واحد أم غير مجتمعين ، ثم ينتهي اجتهادهم إلى التوافق في النتيجة واتحاد الحكم .

وكما اختلفوا في التعريف اختلفوا في إمكان تحققه .

والذي نراه في هذا الأمر المختلف فيه ، أنه كان ممكن التحقق في عهد الخليفتين أبي بكر وعمر رضى الله عنهما لقلة عدد الفقهاء المجتهدين ، واجتماعهم في بلد واحد . وإمكان معرفة رأي من كان خارج المدينة ، وتقرر مبدأ الشورى بينهم ، ومع كل ذلك فقد ثبت أن بعض ما قيل إنهم أجمعوا عليه كان رأي الأغلبية .

---

(١) اخترنا ان يكون الاجماع من المصادر التبعية . لأنا نريد بها ما جاء عن طريق الاجتهاد، وهو محتاج دائماً الى دليل يستند اليه .

وأما بعد هذا العصر فقد تفرق العلماء في الأمصار الإسلامية ، وزاد هذا التفرق ما جد من الأحداث السياسية ، وغير السياسية التي يتعذر معها الاتفاق أو على الأقل يتعذر معها معرفة رأي كل المجتهدين في المسألة [1] .

ثم إن الاتفاق وقع على مسائل هي معلومة من الدين بالضرورة ، وهي التي ثبتت بالقرآن ، أو بالسنة المتواترة ثبوتاً قاطعاً لا شك فيه ، مثل فرضية الصلاة وكونها خمساً ، وفرضية الزكاة والحج ، وصوم رمضان . وما شابه ذلك مما اتفق عليه المسلمون جميعاً ، والإجماع في أمثال هذه المسائل لا يعتبر دليلاً لأنها ثابتة قبله بأدلة قطعية متواترة لا شبهة فيها .

وإنما يعتبر دليلاً في المسائل الاجتهادية التي لا يوجد لها دليل قاطع ، بل وجد لها دليل ظني سواء أكان حديثاً أم قياساً ، فإذا اجتهدوا واتفقوا على دلالة هذا الدليل الظني أفادنا ذلك الاتفاق أن مدلول هذا الدليل هو مراد الشارع ، وانتقلت دلالته من الظنية إلى القطعية .

وبعد هذا فالإجماع كما يقول علماء الأصول نوعان : صريح ، وسكوتي

الأول : أن يتفق كل المجتهدين بالقول أو بالفعل على حكم شرعي مجتهد فيه ، وهذا لانزاع في حجته عند جمهور المسلمين متى وجد .

---

(١) من أجل ذلك لم يجزم الإمام الشافعي بتحققه مع اعترافه به كدليل إن وجد فيقول في رسالته ص ٥٣٤ : لست أقول ولا أحد من أهل العلم يقول هذا مجمع عليه إلا لما تلقى عالماً أبداً إلا قاله لك « وحكاه عن من قبله ، كالظهر أربع وكتحريم الخمر ، وما أشبه ذلك .

ويوافقه الامام أحمد بن حنبل في هذه الدعوى فيقول : ما يدعي فيه الرجل الإجماع فهو كذب ، من ادعى الاجماع فهو كاذب ، لعل الناس اختلفوا ، وفي رواية أخرى يعتبر الاجماع دليلا ولكنه يكتفي باتفاق الأكثر مع مخالفة الأقل . . . . وليس بين الروايتين تناقض ، لأن الأولى تحيل اتفاق الكل عادة ، والثانية تعتبر اتفاق الأكثر وهو المتصور وقوعه في العادة .

الثاني : أن يتكلم البعض بالحكم ويسكت الباقون من غير موافقة أو مخالفة صريحة ، أو يفعل البعض الشيء ، ويسكت الباقون كذلك .

وهـذا النوع مختلف فيه . فمن الفقهاء من اعتبره دليلاً ، لأنه يعتبر السكوت موافقة على ما صدر من البعض ولو كان غير صواب لأنكروا عليهم وبينوا خطأهم .

ومنهم من لم يعتبره دليلاً معللين ذلك بأن السكوت كما يحتمل الموافقة يحتمل غيرها ، ولا دلالة مع الاحتمال ، وعلى كل حال فأهل السنة من المسلمين يعتبرون الإجماع دليلاً [1] شرعياً ، ومصدراً من مصادر الفقه الإسلامي متى تحقق بعد عصر الرسالة.

والشيعة يوافقون على اعتباره دليلاً ، لكنهم جعلوا أهل الإجماع العلماء منهم فقط ، فالمعتبر في تحقيقه هو اتفاق علمائهم وافقهم غيرهم أولاً .

بل إنهم يشترطون في تحققه أن يكون الامام المعصوم مع المجمعين وهويجعل الاجماع عديم الفائدة لأن قول الإمام هو الحجة وحده .

وأما الخوارج فلا يعترفون بالإجماع ، لأنهم خرجوا على الجماعة ، وحكم

---

(١) لم تنفرد الشريعة الاسلامية باعتبار الاجماع مصدراً من مصادر التشريع ، بل الشرائع الوضعية اعتبرته كذلك . بل هو عندهم أساس لكل القوانين تشريعاً وتطبيقا ، ألا ترى أن القوانين لا تصدر إلا بموافقة اغلبية الهيئات التشريعية ، وان النظريات القانونية التي يجمع عليها معظم الفقهاء لها قوة ملزمة وإن لم يصدر بها تشريع ، وأن القوانين الوضعية تجعل الحكم عند تعدد القضاة واختلافهم لرأى الأغلبية ، وعند اختلاف دوائر المحاكم العليا في تقرير المبادىء القانونية ، او تفسير النصوص يكون الحكم لأغلبية قضاة الدوائر مجتمعين . هـذا من غير شك لا يقارب الاجماع الذي صوره العلماء المسلمون ، ومع ذلك اعتبروه ملزماً .

غلاتهم بتكفير علي وعثمان والحكمين وكل من رضي بالتحكيم .

ومن أمثلة ما ثبت من الأحكام بالإجماع .

توريث الجد السدس عند عدم الأب مع وجود الإبن ، فإنه ثابت بإجماع الصحابة ، وكذلك حكمهم بمشاركة الجدة لأب للجدة لأم في السدس إذا كانت كل منهما وارثة ، وكذلك تحريم شحم الخنزير ، فإن القرآن حرم لحمه ، ولم يعرض للشحم ، وكذلك إجماع الصحابة على جمع القرآن في مصحف واحد في زمن أبي بكر ، ومثله زيادة الأذان الثاني يوم الجمعة على الزوراء ، وهي دار في سوق المدينة في عهد عثمان لما كثر المسلمون .

٢ ـــ القياس

تعريفه . أركانه . مرتبته بين الأدلة . أمثلته .

القياس : إلحـــاق ما لا نص فيه ولا إجماع بما فيه نص أو إجماع في الحكم الشرعي الثابت للمنصوص عليه لاشتراكهما في علة هذا الحـكم ، ومعنى هـذا . أن توجد حادثة لم يرد في حكمها نص خاص ، فتلحق بحادثة أخرى مشابهة لها قد ورد فيها نص أو ثبت حكمها بالإجماع فيثبت حكم الحادثة المنصوص عليها للحادثة الأخرى إذا وجدت علة الحـكم فيها .

وله أربعة أركان :

١ – المقيس عليه : وهو الحادثة التي ورد النص ببيان حكمها ، ويسمى الأصل .

٢ – المقيس : وهو الحادثة التي لم يرد فيها النص أو لم يثبت فيها إجمـاع ، ويراد معرفة حكمها ، ويسمى الفرع .

٣ – الحكم : وهو الحكم الشرعي الثابت للأصل الذي يثبته المجتهد للفرع بعد أن كان ثابتاً في الأصل بالنص أو بالإجماع .

٤ – العلة : وهي الوصف الذي شرع لأجله الحكم في الأصل ، وتبين وجوده في الفرع . ومن أجله ثبت الحكم له .

والقياس يأتي في المرتبة الرابعة ، وهو مختلف فيه ، ولكن جمهور الفقهاء يذهبون إلى اعتباره ، وإن كان تابعاً للأدلة الأخرى ، لأنه لا يثبت به حكم إلا إذا ثبت الحكم في الأصل بدليل من الأدلة الثلاثة السابقة ، ولذلك قالوا عنه إنه أصل من وجه وفرع من وجه .

ومع هذه التبعية وتأخره في المرتبة فهو أوسع دائرة من الأدلة السابقة ، لأن النصوص من القرآن والسنة على كثرتها لم تثبت أحكام كل الحوادث ، بل بعضها فقط ، والإجماع قليل الحصول لاختلاف المجتهدين ، وتباعد أماكنهم . والقياس لا يشترط فيه اتفاق المجتهدين ، بل هو عمل فردي لكل مجتهد ، والحوادث تتجدد كل يوم ، وتختلف باختلاف البلدان ، وليس لها من دليل غير القياس الذي يلحقها بما هو منصوص عليه أو مجمع عليه .

ومن أمثلة القياس الشرعي :

١ — جاء النص بكراهية البيع وقت النداء للصلاة يوم الجمعة ، وهو قوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع »[1] . والعلة في ذلك هي أن البيع في هذه الحالة يشغل الانسان عن الصلاة ، فقاس الفقهاء على البيع كل ما يشغل كالإجارة والرهن ، وكل معاملة وأعطوها حكم البيع .

٢ — ورد النص بعدم إرث القاتل لمورثه المقتول ، وهو حديث . « لا يرث القاتل » ، والعلة في ذلك هي أن القاتل استعجل الإرث قبل أوانه ، فيرد عليه قصده ، فقاس الفقهاء على ذلك قتل الموصى له الموصي فمنعوه من استحقاق المال الموصى به ، الأصل هنا الوارث القاتل ، والفرع الموصى له القاتل ، والحكم هو

---

(١) الجمعة — ٩

حرمانه من الحق الذي كان ثابتاً له ، والعلة استعجال كل منهما أخـــذ الحق قبل أوانه .

٤ ــ ورد النص في اعتبار سكوت الفتاة البكر عند عقـــد الزواج إذا استأذنها وليها رضاً منهـا ، وتوكيلا له ، وهو حديث « البكر تستأذن وإذنها صماتها » فقاس الفقهاء على ذلك سكوتها عند علمها بتزويج الفضولي لها . واعتبروه إجازة لهذا العقد ، وكأنه توكيل سابق .

٤ ــ ورد النص بتحريم الخمر وهو النيء من ماء العنب إذا غلى واشتد وقذف بالزبد ، فقاس الفقهاء عليها كل مسكر من غير مـــاء العنب لوجود العلة ، وهي الإسكار .

النوع الثاني :

١ ـ الاستصلاح أو المصالح المرسلة

معنى المصلحة ، أنواعها . المتفق عليه منها
والمختلف فيه ، أمثلتها . موقف الأئمة منها .

تمهيد : قصد الشارع بشرعية الأحكام تحقيق المصالح للناس ، ودفع المفاسد عنهم ، والمصالح هي المنافع ، والمفاسد هي المضار ، وأن الشارع عند شرعه الأحكام أباح ما غلبت منفعته ، وحرم ما غلبت مفسدته ، ولم يسر مع رغبات الناس وأهوائهم ، يدل لذلك قوله تعالى : « ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض »[1] . وقوله : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم »[2] .

وعلى هذا انقسمت المصالح إلى ثلاثة أنواع :

الأول : ما قام الدليل الشرعي على اعتبارها وأمثلته كثيرة ، منها حفظ النفس الذي شرع من أجله القصاص ، وتحريم الاعتداء عليها ، وحفظ المال الذي حرم أكله بالباطل ، وأوجب ضمانه عند التعدي ، وحفظ العقول الذي دل على رعايتها تحريم الخمر وسائر المسكرات .

الثاني : ما قام الدليل على إلغائها ، ومثاله الاستسلام إلى العدو فقد يظهر لأول نظرة أن فيه مصلحة ، وهي حفظ النفس من القتل ، ولكن هذه المصلحة

(١) المؤمنون - ٧١ . (٢) المائدة ٤٩ .

لم يعتبرها الشارع ، بل ألغاها لمصلحة أرجح منها . وهي احتفاظ الأمة بالعزة والكرامة ، وفي الاستسلام مفاسد كثيرة ، فدفع العدو بالقتـال دفع لهذه المفاسد وجلب للمصالح العظيمة .

الثالث : ما لم يقم دليل من الشرع على اعتبارها أو إلغائها ، وهـذا النوع يسمى بالمصالح المرسلة ، وسميت مرسلة ، لأنهـا مطلقة عن دليل اعتبارها أو إلغائها ، ومن العلماء من سمى هذا الدليل بالاستصلاح . ومعناه « العمل بالمصلحة » ومثالها : قضاء الصحابة بتضمين الصناع ، فإذا دفع شخص لواحد من هؤلاء ثوباً أو غيره ثم هلك ، ولم يقم البينة على أنه تلف بغير سبب منه فيقضى على الصانع بضمانه عملاً بالمصلحة ، ووجه المصلحة في هذا أن الناس محتاجون إلى التعامل مع هؤلاء ، وهم يغيبون الأمتعة عن أعين أصحابها . وليس من شأنهم الاحتياط في حفظها ، فمن المصلحة تضمينهم لئلا تضيع أموال الناس ، وفي هذا يقول علي كرم الله وجهه : « لا يصلح الناس إلا ذاك » [1]

ومن هذا النوع قتل الجماعة بالواحد . فإنه لم يرد دليل خاص باعتباره أو إلغائه ، فلو لم يقتل الجماعة بالواحد عند اشتراكهم في قتله لأدى ذلك إلى إهدار الدماء .

ومن ذلك جمع المصحف في زمن أبي بكر ، وتوحيده في زمن عثمان ، وحق ولي الأمر في فرض ضريبة على الأغنياء إذا اقتضت مصلحة الدولة ذلك .

---

(١) ولـمـا كان هـذا محل اجتهـاد اختلف أئمة الحنفية فيه ، فأبو حنيفة لا يقول بضمانه إلا بالتعدي ، فلو هلك بسبب لا تعدي فيه ولو كان يمكن الاحتراز عنه فلا ضمان ، لأن سبب الضمان أحد أمرين : العقد أو التعدي. وخالف أبو يوسف ومحمد فذهبا إلى تضمينه كما أفتى علي كرم الله وجهه . يقول فخر الاسلام في أصوله ج ٣ ص٩٢٧ : وقال أبو يوسف ومحمد في الأجير إنه ضامن، ورويا ذلك عن علي ، وخالف ذلك أبو حنيفة بالرأي » .

موقف الأئمة من هذا الدليل : اختلف الأئمة في هذا الدليل. فمنهم من رده ومنهم من عمل به ، وبعض العلماء ينسب العمل به إلى الإمام مالك مدعياً أن غيره من الأئمة لم يعمل به ، والحق أن كثيراً من الأئمة اعتبروه ، والاختلاف بينهم إنما هو التوسع فيه ، ولا شك في أن الإمام مالكاً هو الذي توسع فيه أكثر من غيره .

ولكن ينبغي التنبيه إلى أن من عمل بالمصلحة من الأئمة لم يعمل بها مطلقة من القيود ، بل قيدها بشروط يقربها من الأصول الشرعية ، فمن الشروط التي شرطوها :

١ — أن تكون المصلحة محققة ، فلا يصح العمل بها في أمر موهوم .
٢ — أن تكون عامة . على معنى ألا تكون قاصرة على شخص معين .
٣ — أن تكون معقولة بحيث لو عرضت على العقول السليمة قبلتها .

ومع هذه الشروط لا يوجد محل للطعن في العمل بالمصالح بما قيل : إن إباحة العمل بهـــا يفتح الطريق أمام العوام للتصرف في أحكام الشريعة على حسب أهوائهم ، وأنه يفضي إلى اختلاف الأحكام باختلاف الأزمنة .

أقول لا محل للطعن بذلك ، لأن تلك الشروط تخرجها عن أن تكون في متناول العلماء الذين لم يبلغوا درجة الاجتهاد فضلاً عن العوام .

واختلاف الاحكام باختلافها ليس عيباً ، بل هو من محاسن الشريعة لان كل مجتهد يفتي بالمصلحة التي تناسب البيئة التي يعيش فيهـــا بعد تقدير ظروفها وملابساتها .

٢ ـ الاستحسان

آراء الأئمة فيه . حقيقته . أمثلته

الفرق بينه وبين المصالح المرسلة .

هذا المصدر مختلف فيه بين الأئمة ، فقد أنكره الشافعي أشد الإنكار في كتابيه الأم ، والرسالة ، حتى قال فيه قولته المشهورة : « من استحسن فقد شرع » ، واعتبره الأئمة الثلاثة . أبو حنيفة ، ومالك ، وأحمد بن حنبل [١] .

وهذا الخلاف لا حقيقة له ، لأن الاستحسان الذي نفاه الأمام الشافعي ليس هو الذي جعله غيره دليلاً ، حيث إن كلامه يدل على أنه قول بالهوى من غير سند شرعي ولما وضحت حقيقة الاستحسان على يد تلاميذ أبي حنيفة وأتباعه سلم به أتباع الشافعي .

ولقد نقل في تعريف الاستحسان عبارات كثيرة أحسنها في نظري ما قاله أبو الحسن الكرخي من الحنفية .

---

(١) قال ابن العربي من المالكية : الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين ، وقال القاضي من الحنابلة : الاستحسان مذهب أحمد بن حنبل ، وهو أن يترك حكم إلى حكم هو أولى منه ، وهذا لا ينكره أحد » وقال الشاطبي المالكي : إن موضع الاستحسان إذا كان العمل بالقياس يؤدي إلى فوت مصلحة أو جلب مفسدة فيجب تركه حينئذ لما فيه من الحرج ، والله يقول : « وما جعل عليكم في الدين من حرج » وروى الامام مالك أنه قال : « الاستحسان تسعة أعشار العلم » ، وقال أصبغ « الاستحسان عماد العلم » .

« إنـــه العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه أقوى يقتضي هذا العدول »

ومعنى ذلك أن يوجد في المسألة دليلان ، أحدهما عام أو ظاهر ، والآخر خاص أو خفي ، فـكان مقتضى الظاهر أن تأخذ حكم نظائرها ممـــا دل عليه الدليل الظاهر ، ولكن بعـد التأمل وجد أن الدليل الآخر أقوى وأرجح ، فعدل بها عن حكم نظائرها إلى حكم آخر .

هذا وعلماء الحنفية يثبتون للاستحسان أنواعاً أربعة : استحسان السنة ، والإجمـــاع ، والقياس الخفي ، والضرورة ، ومن تتبع فقههم يجد أنواعـــاً أخرى [1] **ويظهر أن الحنفية لما وجدوا غيرهم طعنوهم في العمل بالاستحسان توسعوا فيه حتى جعلوه شاملاً لأنواع من الأدلة المعترف بها من الجميع كالسنة والاجماع .**

وليس هنا مجـال بسط الكلام في ذلك ، ولكنا سنقتصر على ذكر بعض الأمثلة للتوضيـح :

١ — قرر الفقهاء أن الشخص إذا وقف أرضاً زراعية على جهة بر فإن حقوقهـا من الشرب والمسيل والمرور تدخل في الوقف ولو لم ينص في وقفـه على ذلك ، مع أن مقتضى القياس عدم دخولها إلا بالنص عليها كمـا في بيع الأرض حيث لا تدخل في المبيـع إلا بالنص عليها ، ووجه الاستحسان ، أن الوقف لا يفيد ملك الموقوف عليه للمال الموقوف ، وإنما يثبت له ملك المنفعة فقط ، والأرض لا يمكن الانتفاع بها بدون حقوق الارتفاق ، كما في عقد الإجارة

---

(١) راجع رسالتنا « تعليل الأحكام في بحث الاستحسان »

فهنا قياسان . قياس ظاهر ، وهو إلحاق الوقف بالبيع ، من جهة أن كلا منهما يفيد إخراج المال من مالكه ، وقياس خفي ، وهو إلحاقه بالاجارة من ناحية أن كلا منهما مقصود به الانتفاع ، فرجحوا الثاني .

٢ – قرروا تضمين الأجير المشترك كالحائك والصباغ إذا هلك الشيء في يده بدون سبب ظاهر ، فإن تضمينهم ثابت استحساناً على خلاف القياس الذي يقتضي عدم التضمين ، لأن المال في يده أمانة ، كالوديعة في يد المودع ، والمال المشترك في يد أحد الشركاء ، والمال المستأجر في يد المستأجر ، والأمين غير ضامن إلا إذا تعدى .

٣ – جواز الاستصناع والسلم استثناء من قاعدة بيع المعدوم المنهي عنه .

والاستحسان في الحقيقة طريق للخروج من مأزق اطراد القواعد الموقع في الحرج ، فهو يرجع إلى قاعدة رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ، ولهذا روى عن الإمام مالك أنه قال « الاستحسان تسعة أعشار العلم » [١] .

تنبيه : إذا نظرنا إلى التفريقات التي فرعوها على كل من الاستحسان والمصالح المرسلة خصوصاً في مذهب الإمام مالك نجد توافقاً ، بل اتحاداً في بعض الأمثلة ، فتضمين الصناع جعله الإمام مالك من باب المصالح ، والحنفية جعلوه من باب الاستحسان . والسبب في ذلك كما يقول الشاطبي في الاعتصام [٢] أنهم صوروا الاستحسان تصوير الاستثناء من القواعد بخلاف المصالح المرسلة »

والذي يؤخذ من تتبع مواضع الاستحسان ، والمصالح المرسلة أن المصلحة أعم من الاستحسان ، فإذا كان الأخذ بالمصلحة في مقابل قاعدة عامة اعتبر ذلك استحساناً ، وإن لم يكن فيه مخالفة للقياس لم يكن استحساناً .

---

(١) الموافقات جـ ٢ صـ ٣٠٧ (٢) جـ ٢ صـ ٣٢٤

٣ ــ العرف

معناه . الفرق بينه وبين العادة . أنواعه . المعتبر منها ودليل اعتباره . شروطه . تعارضه مع النصوص . تعارضه مع ما ثبت بالاجتهاد تغير الأحكام تبعاً لتغير الأعراف .

العرف هو ما تعارفه جمهور الناس وساروا عليه ، سواء كان قولاً أو فعلاً أو تركا ، ومن العلماء من يسوي بين العرف والعادة لأنها ما اعتاده الناس من قول أو فعل .

والتحقيق أن العادة أعم العرف ، فهو نوع منها ، لأن العادة هي الأمر المتكرر مأخوذة من العود ، أو المعاودة بمعنى التكرار ، فإذا فعل إنسان فعلا من الأفعال ، وتتكرر منه حتى أصبح سهلاً عليه إتيانه ، وشق عليه تركه ، سمي ذلك عادة له ولذلك قيل : « العادة طبيعة ثانية » [١] وكما يكون الشيء من فرد يكون من الجماعة ، وتسمى الأولى عادة فردية ، كما تسمى الثانية . عادة جماعية والعرف لا يصدق إلا على النوع الثاني .

---

(١) معنى ذلك أن للعادة ما يقرب من قوة الطبيعة ، وهي ما فطر الناس عليه منذ خروجهم من بطون أمهاتهم : كالسمع بالأذن والبصر بالعين والبطش باليد ، فلو حاول إنسان أن يبصر بأذنه أو يسمع بعينه ما استطاع إلى ذلك سبيلا . كذلك العرف وهو الأمر المعتاد من قديم الزمان لا يستطيع الانسان الخروج عليه ، ولذلك قال الفقهاء : « وفي نزع الناس من عاداتهم حرج بين » وكانت مهمة الرسل والمصلحين شاقة لأنهم يحاربون العادات الفاسدة في أقوامهم .

فإذا اعتاد بعض الناس شيئاً لا يسمى ذلك عرفاً ، بل لا بد في تحقق العرف من اعتياد الكل أو الأغلب ، لا فرق بين علمائهم وعامتهم ، وبهذا يفارق العرف الإجماع ، فإنه كما سبق اتفاق المجتهدين ، ولا دخل لغيرهم فيه .

أنواعه : يتنوع العرف إلى أنواع فينقسم إلى قولي وفعلي .

فالقولي : كتعارف الناس إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى ، مع أنه في اللغة يشمل النوعين ، والقرآن جاء به كذلك في قوله تعالى : « ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد »[1] .

وكتعارفهم عدم إطلاق لفظ اللحم على السمك مع أن اللغة لا تمنع ذلك، بل القرآن سماه لحماً في قوله تعالى : (وهو الذي سخر البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً وتستخرجوا منه حلية تلبسونها وترى الفلك مواخر فيه ولتبتغوا من فضله ولعلكم تشكرون »[2] .

ومثل وضع القدم في دار فلان ، فإن هذا اللفظ معناه وضع القدم الواحد

ولكن العرف صرفه إلى الدخول ، فلو حلف إنسان : لا يضع قدمه في دار فلان ، ثم دخلها راكباً ، فإنه يحنث بناء على العرف ، ولو مد رجله فوضعها فيها وهو خارج عنها لا يحنث.

ومنه قول الشخص : علي المشي إلى بيت الله ، فإن العرف يصرفه إلى إيجاب حجة أو عمرة .

والفعلي : كتعارفهم بيع التعاطي من غير لفظ وتعارفهم تقديم جزء من

---

(١) النساء : ١٢ (٢) النحل : ١٤

المهر وتأجيل باقيه إلى أبعد الأجلين « الطـــلاق والموت » وتعارفهم تعجيل الأجرة قبل استيفاء المنفعة .

وينقسم ثانياً إلى عام وخاص

فالعام : ما كان منتشراً في جميع البلدان .

والخاص : ما كان سارياً بين بعض البلدان دون باقيها ، أو كان بين طائفة دون غيرها من الطوائف .

وأخيراً ينقسم إلى صحيـح وفاسد .

فالصحيح : هو الذي لا يخالف قواعد الشريعـة وإن لم يرد نص خاص في موضعه .

والفاسد : هو الذي يكون مخالفاً لقواعد الشريعة ، أو مبطلاً للنصوص ، كتعارف الناس كثيراً من المنكرات ، ممـا يفعلونه الآن في المـآتم والأفراح والموالد ، والتعامـل بالربا والقمار وشرب الخمر ، وخروج النساء كاسيات عاريـات .

وليس كل هذه الأنواع معتبراً في نظر الشارع ، بـــل المعتبر هو العرف الصحيح العام باتفاق الفقهاء ، كما اتفقوا على عدم اعتبار الفاسد مهما كان نوعه واختلفوا في اعتبـــار الصحيح الخاص ، فمنهم من اعتبره لأن إهداره يلحق بأهله الحرج .

والدليل على اعتبار العرف في التشريع . ما ثبت من أن الرسول أقر بعض ما تعارفه العرب إذا كان فيه مصلحة راجحة .

ومن العلماء من يستند في ذلك إلى ما رواه الإمام أحمد في مسنده « موقوفاً »

عن عبدالله بن مسعود أنه قال : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن »[1] وبعض الفقهاء يرفع هذا النص إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم[2] .

ومن هنا جاء في القواعد الفقهية قولهم « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » ، « والعادة محكمة » ، والحقيقة تترك بدلالة العرف »

شروط اعتبار العرف : لكي يكون العرف معتبراً في نظر الشارع يشترط فيه ما يلي :

١ — ان يكون مطرداً في جميع معاملاتهم أو غالباً عليها ، فلو كانوا يتعاملون به في بعض الحوادث ، ويتركونه في البعض الآخر لا يعتبر لتعارض العمل والترك[3] .

٣ — أن يكون ذلك العرف موجوداً عند إنشاء التصرف . فلو أنشأ شخصان تصرفا من التصرفات ، ثم ثار نزاع بينهما فإن العرف الذي يحكم في هذا النزاع ويجعل فيصلا له ، ما كان موجوداً عند التصرف لا ما حدث بعد ذلك

---

(١) راجع إعلام الموقعين جـ ١ صفحة ٧٤

(٢) في أصول السرخسي جـ ١ صـ ٢٩٩ : لما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الخيرة التي يتعاطاها الناس قال « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح » .

(٣) الأشباه والنظائر جـ ١ صـ ١٢٨ ، ومن تأمل هذا الشرط وجده لا يفيد شيئاً جديداً زائداً عن معنى العرف وحقيقته ، لأن العرف هو ما تعارفه جمهور الناس وساروا عليه ، وهذا لا يتحقق إلا بكونه مطرداً أو غالباً .

يقول صاحب الأشباه : [١] « والعرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن [٢] السابق دون المتأخر ، ولذا قالوا : « لا عبرة بالعرف الطارىء » .

فلو حلف رجل لا يأكل لحماً وكان عرف الناس في بلده حينذاك أكل لحم البقر فقط فإنه لا يحنث إلا بأكل لحم البقر ، فلو أكل غيره من اللحوم فإنه لا يحنث . لأن العرف يفسر الألفاظ ، ولا عبرة [٣] باللغة مع وجود عرف مخالف لها ، ولو فرض وتغير العرف بعد ذلك ، وأصبح اللحم المأكول لهم هو لحم الضأن فقط ، فإن هذا العرف لا يؤثر في اليمين السابق عليه ، وإنما يحكم فيما يحدث بعده من الأيمان .

ولو عقد زوجان عقد زواج ، ولم يصرحا بتعجيل المهر أو تأجيله ، فإنه يرجع في ذلك إلى عرف إقليمهم ، فإن كان العرف يقضي بتعجيل البعض، وتأخير البعض الآخر ، ثم تغير العرف إلى تعجيل الكل ، ثم حصل نزاع بين الزوجين ، فإن العرف الحادث لا يحكم في هذا النزاع ، بل يحكم العرف السابق الموجود وقت العقد .

٣ ـ ألا يعارضه تصريح بخلافه .

فلو كان العرف الجاري في مسألة المهر تعجيل النصف وتأخير النصف

---

(١) جزء ١ ص ١٣٣ .

(٢) يقول شارحة « الحموي » تعليقاً على عبارة المقارن السابق : أي السابق لوقت اللفظ واستقر حتى صار في وقت اللفوظية ، وأما المقارن الطارىء فلا أثر له ، ولا ينزل عليه اللفظ السابق .

(٣) هذا عند الحنفية ، لأن العادة « العرف العملي » يخصص النص عندهم خلافاً للشافعية فإنهم لم يعتبروه مخصصاً فيبقى اللفظ على عمومه .

ثم إنه يلاحظ أن الحنفية يقولون : « إنه يحمل على المتعارف فيما إذا لم يكن للحالف نية التعميم ، أما إذا نوى العموم فإنه يحنث بأكل أي نوع من أي أنواع اللحم . راجع التحرير وشرحه .

وشرطت الزوجة تعجيل كل المهر وقبل الزوج ذلك لا يعتبر العرف في هـذه الحالة ، لأن العرف لا يلجأ إليه إلا إذا لم يوجد ما يفيد مقصود العاقدين صراحة وترك التصريح من العاقدين يعتبر إحالة على دلالة العرف

وقد قالوا : « لا عبرة للدلالة في مقابل التصريح » .

٤ ـ ألا يكون معطلاً لنص أو مناقضاً لأصل شرعي قطعي .

فإذا كان الشيء المتعارف ورد النص بمنعه لا يعتبر ، كما في تعارف النـاس تجارة الخمر وشربها ، والتعامل بالربا ومـا شابه ذلك ، لأن في اعتبار العرف إهدار النص وإلغاءه . وفتح هذا الباب يؤدي إلى نقض التكاليف كلهـا ، والشريعة إنما جاءت لتخضع المكلفين لأحكامها لا أن تكون خاضعة لأعرافهم ورغباتهم

« ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن » [1]

وليس هذا في الشريعة بدعاً ، بل ذلك مألوف في القوانين الوضعية ، فإنها تمنع التعاقد أو التعامل بما يتعارض مع نصوص القانون ويلغيها وهي وإن كانت تعتبر العرف بعد نصوص التشريع إلا أنهـا لا تعتبر منه ما يخالف النظام العام والآداب العامة .

فإذا كان القانون يحجر على الناس التعارف فيما يخالف النصوص ، أو يخالف النظام العام ، فأي غرابة في أن الشريعة لا تعتبر من الأعراف ما كان مبطلاً للنصوص ، أو هادماً للقواعد القطعية العامة ؟!

العرف والتخصص : إذا لم يكن التعارض بين العرف والنص كلياً فان العرف يخصص النص كما ذهب إليه البعض .

---

(١) المؤمنون ـ ٧١ .

ومن ذلك ما قرروه في مسألة تعدد أصناف النوع الواحد من النقود ، وكان أحدها أثقل من الآخر ، فهذا التفاوت في الوزن لا اعتبار له ما دامت القيمة واحدة ، وعلل ابن عابدين في رسالته [1] نشر العرف هذا : بأن الناس لا ينظرون إلى هذا التفاوت في الوزن ما لم تختلف به القيمة ، وقد ركز هذا العرف في عقولهم من عالم وجاهل ، فيتعين الافتاء به تخريجاً على رأي أبي يوسف في النص المعلل بالعرف .

توضيح ذلك : أن الحديث ورد باشتراط التساوي في الوزن ، وهو قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والتمر بالتمر والشعير بالشعير والبر بالبر والملح بالملح مثلاً بمثل يداً بيد والفضل ربا » ، وفي بعض الروايات « وزناً بوزن كيلا بكيل والفضل ربا » والنقود من الموزونات . فكان مقتضى الحديث ألا يصح التبادل فيها إلا إذا تساوت أوزانها ولكنهم أجازوا ذلك لجريان العرف ما دامت القيمة متحدة .

وعلى هذا يجوز تبادل النقود الفضية في مصر قديمها وجديدها من غير اعتبار لفرق الوزن .

ومن الفقهاء من يجعل من هذا النوع « وهو تخصيص النص بالعرف » ما أفتى به محمد بن الحسن [2] من تجويز اقتراض الخبز عدداً بين الجيران لجريان العرف بذلك تبعاً لحاجتهم متجاوزين عن فرق الوزن ، واعتبار العدد . أفتى بذلك مع

---

(١) مجموعة الرسائل ج ٢ ص ١١٩ .

(٢) وفي فتح القدير ج ٥ ص٢٢٩ ، أن أبا حنيفة منع استقراض الخبز وزناً وعدداً ، وقال: لا خير فيه لتفاوته في المدن والمقدار والصنعة في طحنه وعجنه وخبزه قياساً على السلم فيه ، لأنه ممنوع بدلالة حديث « من أسلف » وقال أبو يوسف : لا يجوز إلا بالوزن لتفاوت آحاده قياساً على السلم في سائر المتفاوتات التي تضبط بالوزن . وترك محمد هذين القياسين للتعامل بين الجيران بذلك وإهدارهم هذا التفاوت .

أن الخبز من الموزونات ، وهو مال ربوي والنص أوجب التساوي عند المبادلة فيه ، وعللوا ذلك : بأن علة تحريم الربا هي قصد الاسترباح .

وهذا التقرير لا يخلو من مناقشة ، لأن النص جاء في أشياء ستة ليس الخبز منها ، وإنما الخبز يدخل في الربويات بالقياس لتحقق العلة فيه ، وهي اتحاد القدر والجنس كما يقول الحنفية ، أو الطعم كما يقول المالكية ، فيكون العرف على هذا مخصصاً لعموم القياس .

وأما العرف الذي يتعارض مع الأحكام الثابتة بالاجتهاد — سواء كان من الأئمة ، أو من أتباعهم تخريجاً على قواعدهم — فإنه يقدم عليها ، وتترك هذه الاجتهادات إذا وجد عرف يخالفها ، لأن العرف دليل الحاجة ، ولأنه كما يقول ابن الهمام : « انه بمنزلة الإجماع شرعاً عند عدم النص[1] » ، لأنه لا يعارضه نص خاص ولا عام مباشرة فيترك به القياس .

من ذلك أن أبا حنيفة كان لا يجوز بيع النحل ودود القز ، لأنهما ليسا من الأموال في نظره قياساً على هوام الأرض كالضفدع ، فجاء تلميذه محمد بن الحسن وأفتى بجواز بيعهما لجريان التعامل به

والفقهاء المتأخرون غيروا كثيراً من الأحكام التي نقلت عن أئمتهم لما جدت الحاجة الى التغيير ، وعللوا ذلك بفساد الزمان،وأصل ذلك ما نقل عن الصحابة وعلى رأسهم الخلفاء الراشدين من هذا النوع .

وفي هذا يقول الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز : « تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الأمور » .

---

(١) يقول في فتح القدير ج ٥ ص ٧ عند شرح قول صاحب الهداية في شركة المفاوضة : « إن الناس تعاملوا بها من غير نكير وبه يترك القياس ، لان التعامل كالاجماع .

ولقد نقل تقرير هذا المبدأ في صراحة تامة عن كثير من العلماء .

فابن القيم في كتابه اعلام الموقعين [1] في بحث تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والامكنة والاحوال والنيات والعوائد يقول :

وهذا فصل عظيم النفع جداً ، وقد وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل اليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به ، فان الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ورحمة كلها ، وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت من العدل الى الجور ، وعن الرحمة الى ضدها ، وعن المصلحة الى المفسدة وعن الحكمة الى العبث ، فليست من الشريعة وان دخلت فيها بالتأويل ، فالشريعة عدل الله بين عباده ، ورحمته بين خلقه ، وظله في أرضه وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسله . الخ ..

ويقول القرافي المالكي في فروقه [2] في الفرق بين قاعدة العرف القولي والعرف العملي في صدد اعتبار العرف وتغيره : « فمهما تجدد العرف اعتبره ، ومهما سقط أسقطه ، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك ، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك ، واسأله عن عرف بلده وأجره عليه ، وأفته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك فهذا هو الحق الواضح ، والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين ، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين » ا هـ

---

(١) ج ٣ ص ٣٧ .

(٢) ج ١ ص ١٧٦ ، في الفرق ٢٨ ، وفي كتاب الأحكام في تميز الفتاوى عن الأحكام ص ٦٨ يقرر ما يقرب من هذا فيقول : إن تغيير الأحكام المبنية على العرف لا تحتاج إلى اجتهاد مستأنف ، لأنها قاعدة تقررت وانتهت فلا تحتاج إلى اجتهاد جديد .

ويقول صاحب تهذيب الفروق [1] في هذا الموضع : « وإذا كان الشيء عيباً في الثياب في عـادة رددنا به المبيع ، فإذا تغيرت العادة وصار ذلك المكروه محبوباً موجباً لزيادة الثمن لم ترد به ، وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد ، وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه بينهم ، نعم قـد يقع الخلاف بينهم في تحقيقه هل وجد أم لا » ا هـ

وابن عابدين الحنفي في رسالته نشر العرف [2] يقول : « كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهـله ، أو لحدوث ضرورة ، أو لفساد أهل الزمان بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس ، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد ، لهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه » :

* * *

وبعد : فتلك مصادر الفقه الإسلامي ، وفيها نصوص واجبة الاتـباع وقواعد صالحة للتطبيق ، فإذا لم يوجد نص تشريعي فاجتهاد بطريق القياس والإلحاق ، فما أشبه المنصوص عليه ثبت له حكمه ما لم يكن في هـذا الإلحاق حرج أو مشقة ،فإن وجد شيء من ذلك عـدل عنه إلى طريق الاستحسان أو الاستصلاح أو العرف القائم في المسألة .

إن فقها يستمد حياته من هذه الينابيع المتدفقة لن يقف في يوم من الأيام عن مسايرة الزمن، ولن يتخلف عن ركب الحضارة ما دام القائمون عليه يسيرون

---

(١) جـ ١ ص ١٩١

(٢) مجموعة الرسائل ج ٢ ص ١٢٥ .

في طريقه المستقيم طريق الاجتهاد المشروع الذي خطا به الفقه في أيامه الأولى خطوات سريعة حتى سبق الزمن الذي عاش فيه .

موازنة بين الفقه الاسلامي والقوانين الوضعية

في ضوء ما قدمناه من بناء التشريع الإسلامي على أسس قوية تسوي بين الناس جميعاً ، وتقيم العدالة بينهم ، وتحقق لهم المصالح ، وتمنع عنهم المضار من غير عنت ولا مشقة ، وعلى هدى الطريقة القويمة التي سار عليها سلف الأمة الصالح من الصحابة والتابعين ، ومن جاء بعدهم من الأئمة في استنباط أحكام لما وقع لهم من أحداث جديدة، ومن تفصيل طرائق الأئمة أصحاب المذاهب في تكوين مذاهبهم ، وبيان المصادر التي ينبع منها هذا الفقه الخالد تستطيع أن توازن بسهولة بين فقه الإسلام والقوانين الوضعية ، ولو تتبعنا ما بينهما من فروق لنحصي لك ما في أولهما من مزايا عديدة جعلته يحتل مكان الصدارة في عالم القوانين لطال بنا الكلام ، ولكننا نكتفي منها بقدر ما تدعو إليه الحاجة في مثل هذا الكتاب ، فنقصرها على بعض النواحي من النشأة والغاية ، والمصدر وما يتبع ذلك من اعتبار عنصري الدين والأخلاق ، وعدم اعتبارها وتنوع الجزاء فيهما .

أما النشأة : فمن راجع تاريخ القوانين الوضعية وجدها في أصل نشأتها ولدت ناقصة في قواعدها ومبادئها عما هي عليه الآن : ذلك انها جاءت وليدة الحاجة إليها — حين بدأت — لتعالج أمراض مجتمع بدائي ، أو لتحد من ظلم الطبقات فيه ، وضعها قوم عاشوا في هذا المجتمع ، وتأثروا به فكانت صورة لما وصل إليه مجتمعهم من حضارة ورقي تمثل عاداته وتقاليده حينذاك ، ثم أخذت تنمو مع الزمن ، وتتغير كلما تغيرت الحاجة ، فهي دائمة التغير والتبدل ما تغيرت العادات وتبدلت .

فهذا القانون الروماني الذي عده المؤرخون الغربيون مفخرة القوانين عندهم

يصور لنا ذلك التبدل أبلغ تصوير ، فقد ولد مع مولد مدينة روما سنة ٧٥٤ قبل الميلاد ولكن قواعده لم تتم إلا في عصر القيصر جوستنيان في سنة ٥٣٣ بعد الميلاد . وقد بلغ في عمر الزمان قرابة ثلاثة عشر قرناً ، ومع هذا العمر الطويل المليء بالتعديل والتحسين في ظل رعاية الحكام من القياصرة لم يعد صالحاً للتطبيق في هذا الزمن ، بل ولا فيما سبقه من الأزمان (١) .

على أن تلك القوانين تختلف باختلاف البيئات ، فكل دولة تضع لنفسها القانون الملائم لها الذي لا يصلح لغيرها إلا إذا اتحدت أو تقاربت معها في تقاليدها وعاداتها ، ولا أدل على ذلك من قانوننا الوضعي الذي أخذناه أول الأمر من القانون الفرنسي فلم يلبث أن تبين لرجاله حين تطبيقه أنه لا يصلح للتطبيق في كثير من أحكامه ، فارتفعت الأصوات بالشكوى مطالبة بتعديله أو تغييره ، ومع كثرة ما لحقه من التعديل فلا تزال سحنته الفرنسية تطل على مجتمعنا الشرقي من نوافذ كثيرة هي أجنبية عنه مما جعل المنصفين من رجاله يطالبون بتغييره بما يتفق وما لنا من تقاليد .

وإذا لاحظنا أن التغيير والتبديل في تلك القوانين كانا في ذات قواعدها ونظرياتها أدركنا ما في التشريع الإسلامي من كمال وتمام من أول أمره ، فقد تمت قواعده ، وكملت مبادئه في فترة وجيزة لم تزد في حساب الزمن على عشر سنوات إلا قليلاً ، وهي فترة التشريع المدني على التحقيق ، ولم يعد وراء هذا الكمال غاية لرجاله إلا تطبيق قواعده حسبما تقتضيه مصالح الناس على اختلاف بيئاتهم وأزمانهم دون أن تمتد أيديهم إلى تبديل قاعدة من قواعده ، وما لحقه

---

(١) قال الاستاذ زكي عريبي المحامي حينما أعلن إسلامه في جمعية الشبان المسلمين : إن ما بهره من الإسلام هو أنه وجد القانون الروماني الذي استغرق وضعه أكثر من ألف عام يتضاءل إلى جوار الفقه الاسلامي الذي تكاملت أوضاعه في مائة عام ثم صار أمثل وأجل قانون جاءت به شريعة ، فكيف نترك هذه الجواهر وهذا التراث الضخم ثم نلتمس بضاعة من غيرنا وهي بضاعة مزجاة ؟!

من تغيير بالنسخ أيام الرسالة كان في بعض أحكامه الجزئية ، وما يخال منه بعدها كان في التطبيق لا في أصل القواعد .

والفقهاء المسلمون على كثرتهم واختلافهم في اجتهـــاداتهم لم يختلفوا إلا في التفريع – كما بينا ذلك من قبل – ولم يحدثنا التـاريخ في أي عصر من عصور الإسلام بأن فقيهاً واحداً أبدل قاعدة بأخرى،أو اكتشف نقصاً فحاول إكماله ، نظير ما يحدث في القوانين الوضعية من تبديل في قواعدها ، وإحداث نظريات جديدة لتسد ما بها من نقص ، أو تعالج ما ظهر فيها من خلل ، ومـا حديث نظريات التعسف في استعمال الحق ، والظروف الطارئة ، والظروف الاستثنائية وغيرها من النظريات المستحدثة في تلك القوانين بسر . كما لم يعد سراً أن رجال القانون لم يظفروا بها إلا بعد جهاد شاق طويل ، وأنهم فرحوا بهـــا لاعتقادهم أنها فتح جديد ، وهي في فقه الإسلام قديمة وجدت معه منذ نشأته الأولى .

ومرد هذا الفرق إلى أن نصوص الشريعة الإسلامية جاءت عامة أو مطلقة فيها من المرونة ما يجعلها قابلة للتطبيق على جميع الأحوال ، ونظرياتها العـامة وافية كاملة لم تترك شيئاً من أحوال الإنسان – أفراداً وجماعات– إلا وعرضت له بالبيان مصداقاً لقوله تعالى : « ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء » . وقوله : « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً » .

وإليك بعض هذه النصوص العامة على سبيل التمثيل لا الحصر – في كتاب الله وسنة رسوله .

يقول الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم غير محلي الصيد وأنتم حرم إن الله يحكم ما يريد » [1] .

---

(١) المائدة ١٠

« إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلهـا وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل »[١] . « يأيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا إعدلوا هو أقرب للتقوى »[٢] . « يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »[٣]. « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا »[٤] . « ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه »[٥] « وأشهدوا ذوي عدل منكم »[٦] « وأمرهم شورى بينهم »[٧] « وشاورهم في الأمر »[٨] . « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة »[٩] « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه »[١٠] « فإن تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول»[١١] « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان »[١٢] .

ويقول رسول الله : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » ، « المسلمون عند شروطهم » ، « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » ، « ان دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام » ، « وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، « لا وصية لوارث » ، « القاتل لا يرث » ، « الزعيم غارم » ، « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » ، « كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه » ، « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد » ، « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » ، « كل مسكر حرام » ، « كل قرض جر نفعاً فهو ربا »

أما الغاية : فمن المسلم به أن لكل قانون غاية يهدف اليهـا واضعه ، تتميز هذه الغاية ، وتتنوع حسب تنوع القوانين وما يملكه الواضع من شئون الناس ،

---

(١) النساء : ٥٨ (٢) المائدة: ٨ (٣) النساء: ٢٩ (٤) الاسراء: ٣٤ (٥) البقرة: ٢٨٣ (٦) الطلاق : ٢ (٧) الشورى: ٣٨ (٨) آل عمران: ١٥٩ (٩) البقرة : ٢٨٠ (١٠) البقرة: ١٧٣ (١١) المائدة : ٥٩ (١٢) المائدة : ٢ .

فالقوانين الوضعية يقصد بهـا تنظيم المجتمع لتستقر الحياة فيه ، فتبين حقوق الأفراد وما عليهم من واجبات .

جاء في كتاب أصول القوانين : « مهمة القانون هي في الواقع بيان الحقوق حقوق الفرد قبـل غيره ، أو قبل الدولة ، أو حقوق الدولة قبله . ومن ذلك تدرك الصلة بين القانون والحق ، فالحق لا يوجد بدون القانون ، كما أن القانون لم يوجد إلا لينظم العلاقات » .

وهذه – كما ترى – غاية نفعية محضة قاصرة على تنظيم الظواهر فقط التي لا يملك واضعوا تلك القوانين غيرهـا تنظم على أي لون من الألوان ، وافق الأخلاق أو خالفهـا ، بل أكثر من ذلك فقد وجدناها تبيح وتنظم بعض ما يحرمه الدين ، وتنفر منه الأخلاق كالزنى والربا وغيرها .

ولقد كانت القوانين في أول أمرها تعنى بحقوق الفرد وحده ، فأثبتت له حقوقاً أوجبت المحافظة عليها ، وأطلقت له الحرية في استعمالها من غير مراعاة لما قد يصيب الآخرين من أضرار ، وسميت هذه الحقوق حينذاك بالحقوق الطبيعية للأفراد ، ومن هنا نشأ المذهب الفردي في الحقوق الذي يقرر للفرد حقوقـاً باعتباره هدفـاً في ذاته يولد وله حقوق طبيعية لاصقة به ، وقد عبرت وثيقة إعلان حقوق الإنسان عن هذا المذهب بقولها : « إن هدف كل مجتمع سياسي هو المحافظة على حقوق الإنسان الطبيعية الخالدة » .

ولما أساء الأفراد استعمال حقوقهم فألحقوا الأضرار بالآخرين ، قيدوهم شيئاً فشيئاً حتى نشأ المذهب الاجتماعي الذي ينظر للجماعة على أنهـا هدف ، فيعطي للأفراد حقوقاً بمقدار مـا يصلح الجماعة ، وظهرت نظرية التعسف في استعمال الحقوق .

أما التشريع الإسلامي فهو وإن اتفق مع تلك القوانين في أصل الغاية ، وهي تنظيم العلاقات إلا أنه يختلف عنها فيما يلي :

أولا : إن تنظيمه أعم وأشمل ، فهو فوق تنظيمه للعلاقات بين الأفراد والجماعات والدول ينظم علاقة أخرى لم تعرض لها القوانين الوضعية ، علاقة الإنسان بخالقه بتشريع أنواع العبادات من صلاة وصيام وزكاة وحج وغيرها ، ولا يخفى ما لهذه التشريعات من أثر بين في تهذيب النفوس وصقلها ، وتعويدها على الطاعة والامتثال وإشعارها بالمساواة مما يزيد روابط المجتمع قوة ويقيمها على دعائم قوية .

ثانياً : إن تنظيمه لعلاقات الناس بعضهم ببعض أتم وأحكم من تنظيم القانون فهو لا يعترف بالحقوق الفردية الطبيعية ، ولكنه قرر حقوقاً للأفراد باعتبارهم أعضاء في الجماعة الإنسانية ، فقيد تلك الحقوق من أول الأمر بعدم الإضرار بالآخرين ، وفي هذا يقول رسول الله : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » ، وأنت إذا تتبعت تشريعات الإسلام وجدت الشارع في كل موضع يجعل للفرد حقاً فيه ، يرسم له طريقة استيفائه ، والتمتع به حتى لا يلحق الضرر بغيره .

فقد جعل لكل من الزوجين حقوقاً قبل الآخر متقابلة ، لكنه ميز الرجل بحق القوامة « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان علياً كبيرا ، وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا »[1] .

ولما جعل الطلاق بيد الرجل أرشده إلى طريقة إيقاعه لئلا يضر بالطرف الآخر « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان »[2]، وفي آية بعدها

---

(١) النساء - ٣٤ ، ٣٥ (٢) البقرة - ٢٢٩ .

يقول : « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه » .

ولما أساء رجل استعمال حقه في الطلاق وطلق امرأته ثلاثاً دفعة واحدة غضب رسول الله وقال : « أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم » ؟ ومع ذلك فقد أوصى الأزواج بحسن معاشرة الزوجات في غير آية « وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً » [1] . والرسول يكرر وصيته بالنساء طول حياته ، بل لم ينسهن وهو في فراش الموت فقد روي أن آخر ما أوصى به النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث كان يتكلم بهن حتى لجلج لسانه وخفي كلامه : الصلاة الصلاة ، وما ملكت أيمانكم لا تكلفوهم ما لا يطيقون ، الله الله في النساء فإنهن عوان في أيديكم أخذتموهن بأمانة الله . الحديث ، عوان أسراء .

ولقد أباح التجارة وجعلها طريقاً من طرق كسب المال ثم رسم لها طريقة مستقيمة لا يلحق الناس منها ضرر أو أذى ، فمنع الغش ونفر منه ، « من غشنا فليس منا » قالها رسول الله حينما دخل السوق ووضع يده فيما يبيعه أحد التجار من الطعام فوجد به بللاً .

ونهى عن التغرير وتوعد عليه بعقاب قاس شديد ، فالبخاري يحدثنا عن عبد الله بن أبي أوفى : أن رجلاً أقام سلعة في السوق فحلف بالله لقد أعطي بها ما لم يعطه ليوقع فيها رجلاً من المسلمين ، فنزل قوله تعالى : « إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم » [2] .

---

(١) النساء - ١٩ .
(٢) آل عمران - ٧٧ .

وحرم الربا وحذر منه ، بل وأعلن الحرب على المرابين فيقول جل شأنه : « يأيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا مـا بقي من الربا إن كنتم مؤمنين . فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون »[1] ، حرمه مع ما فيه من نفع لصاحب المال حمـاية للمجتمع من جشع هؤلاء ، ورحمة بالمحتاجين الذين يضطرون إلى مد أيديهم طلباً للقرض من أولئك المرابين.

وهذه نزعة جماعية تحمي الجماعة من طغيان الأفراد ، وتسلط أصحاب الحقوق بل هي الاشتراكية المنظمة التي لا نظير لها في النظم الوضعية ، وكيف لا تكون اشتراكية ، والقرآن نفسه يرد المال الذي بأيدي أصحابه إلى مالكه الحقيقي إلى الله سبحانه ، ويجعل الناس خلفاء عنه فيه ، ثم يأمرهم بالإنفاق على ذوي الحاجات دون منّ أو تعال ، فيقول جل شأنه : « وآتوهم من مـال الله الذي آتاكم[2] » وفي آية أخرى يقول : « آمنوا بالله ورسوله وأنفقوا ممـا جعلكم مستخلفين فيه فالذين آمنوا منكم وأنفقوا لهم أجر كبير[3] » ، وفي ثالثة يقول : » والله فضل بعضكم على بعض في الرزق فما الذين فضلوا برادي رزقهم على ما ملكت أيمانهم فهم فيه سواء أفبنعمة الله يجحدون[4] » .

وهو الذي جعلكم خلائف الأرض ورفع بعضكم فوق بعض درجات ليبلوكم فيما آتاكم إن ربك سريع العقاب وإنه لغفور رحيم »[5] .

وتطبيقاً لمبدأ الاشتراكية فرض الإسلام الزكاة على الأغنيـاء في أموالهم ، وجعلهـا حقاً للمحتاجين . سداً لحاجتهم ، وتطهيراً لقلوبهم من عوامل الحقد والحسد ، فتنقطع بذلك أسباب الاعتداء والاضطراب ، ليستقر الأمن ويسود المجتمع السلام .

---

(١) البقرة - ٢٧٨ - ٢٧٩ . (٢) النور - ٣٢ . (٣) الحديد - ٧ .
(٤) النحل - ٧١ . (٥) الأنعام - ١٦٥ .

والتاريخ يحدثنا بأن المسلمين في صدر الإسلام لما أدوا ما عليهم من الزكاة وصرفها ولاة الأمر لأصحابها جاء وقت لم يجدوا فيه محتاجاً يدفعونها إليه .

وبالجملة فقد قصد الإسلام بتشريعه تحقيق المصالح للناس ، ودفع المفاسد عنهم ، وكانت تشريعاته كلها مبنية على أن مصلحة الجماعة مقدمة على مصلحة الفرد إذا ما تعارضت المصلحتان ، وأن دفع الضرر العام مقدم على دفع الضرر الخاص .

ومن هنا نهى عن احتكار الطعام ، وأمر ببيعه للناس وقت الحاجة وإن لم يرض صاحبه ، ونهى عن تلقي السلع واحتكار بيعها لما في هذا وذاك من إثراء أفراد من الناس على حساب الإضرار بالآخرين .

وتلك غاية لا تقف عند تنظيم الروابط بين الناس ، بل تتخطاها إلى إسعادهم جميعاً

على أن التشريع الإسلامي لم يقتصر على هذا التنظيم الجماعي الظاهر ، بل تجاوزه إلى ما هو أعمق أثراً ، فقصد إلى تنظيم الباطن أيضاً ، فرتب على العمل الظاهر نتائجه ، وعلى النوايا والبواطن نتائج أخرى إذا خالف الظاهر الباطن فقد يكون العمل في ظاهره صحيحاً ، ولكنه قصد به غير ما أراده الشارع منه فيكون لنا الحكم بالظاهر ، ويبقى الباطن مفوضاً إلى الله العليم بخفايا القلوب يتولى حسابه .

ولا أدل على ذلك من قول رسول الله — حينما جاءه رجلان يختصمان في مواريث بينهما ولم يكن لهما بينة إلا دعواهما — : « إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من الآخر فأقضي له على نحو ما أسمع. فمن قضيت له من حق أخيه بشيء فلا يأخذ منه شيئاً فإنما أقطع له قطعة من النار »[1] . وقوله : « أمرت أن أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر » .

---

(١) الطرق الحكمية ص ٢٦٦ .

أما المصدر : فقد عرفنا مما سبق أن الفقه الإسلامي في أصله يستند إلى الوحي الإلهي ، فهو الذي وضع قواعده ، ونظم مبادئه في فترة الرسالة ، وأن المجتهدين بعد عصر الرسول على اختلاف طرقهم جعلوا القرآن والسنة أساساً لاجتهادهم فكان لهما الصدارة ، فإذا لم يجد المجتهد الحكم فيهما أعمل رأيه في حدود القواعد العامة ، والمبادىء الكلية التي جاء بها الوحي ، لأنه حين اجتهاده يبحث عن حكم الله في المسألة ، فيكون مقيداً بالأصول التي وضعها ، يستلهم منها ومن روح تشريعه ، فإذا خرج عن تلك الدائرة رد عليه اجتهاده .

أما القوانين الوضعية فإنها لا تستند إلى الوحي ، ولكنها في الغالب تستند إلى أعراف الناس وتجاربهم يختار منها واضعوها ما يصلح في نظرهم لسياسة أمورهم بعد تهذيبها .

ومن هنا ثبت للفقه الإسلامي صفته الدينية بينما تجردت منها القوانين الوضعية . الأمر الذي جعلهما يفترقان في أمور منها .

أولا : في الجزاء :

فالقوانين كلها سماوية أو وضعية متفقة على فرض عقوبة رادعة على المخالفين حتى يكون للقانون هيبة في نفوس المتمردين عليه ، ولكنهما يفترقان في أن الجزاء في القوانين الوضعية دنيوي دائما ، لأنها وضعت لحفظ النظام في الدنيا وواضعوها لا يملكون من أمر الآخرة شيئاً .

وأما الشريعة الإسلامية فالجزاء فيها أخروي ودنيوي ؛ بل الأصل فيها هو الجزاء الأخروي ، والجزاء الدنيوي وضع موضع الضرورة لمن لم يؤمن بالاخرة وما فيها من ثواب وعقاب ، فيتعدى حدود الله .

أما أنه شرع فيها عقاب دنيوي وآخر أخروي . فلأن التكاليف الشرعية منها ما هو من أعمال القلوب التي لا يعلم المخالفة فيها إلا الله . ومنها ما هو من أعمال الجوارح التي يطلع الخلق على المخالفة فيها ، فالعقوبات الدنيوية جاءت على المخالفة في اعمال الجوارح ، ووكل إلى أولي الأمر تنفيذها ، والعقوبات الأخروية جاءت على المخالفة في أعمال القلوب التي لا يطلع عليها إلا علام الغيوب يتولى هو سبحانه إقامتها على المخالفين في دار الجزاء ، كما جاءت على المخالفة في أعمال الجوارح زيادة على العقاب الدنيوي ، أو لمن لم يعاقب في الدنيا وبقي على إصراره .

وأكثر من ذلك إنها جاءت بنوع آخر من الجزاء وهو الإثابة على امتثال الأوامر والكف عن المنهيات فهي تحاسب على الامتثال كما تحاسب على المخالفة .

ولهذا جاء فيها وعد بالنعيم على الطاعة ووعيد بالعقاب على المخالفة وارتكاب المحظورات ، يقول سبحانه : « إنه من يأت ربه مجرماً فإن له جهنم لا يموت فيها ولا يحيى ، ومن يأته مؤمناً قد عمل الصالحات فأولئك لهم الدرجات العلى جنات عدن تجري من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك جزاء من تزكى[1] » وقدرت الأجزية الدنيوية لبعض الجرائم فيما سمي بالحدود ، وأوجبت العقاب في البعض الآخر ، وتركت التحديد فيها لولاة الأمور ، وهو المسمى بالتعزيرات ، ومن يستعرض النصوص يجد كثيراً منها قرن بالعقاب الدنيوي وعيداً بالعقاب الأخروي .

وإليك بعض آيات القرآن :

قال تعالى في شأن القصاص : « يأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في

---

(١) طه ٧٤ - ٧٦ .

القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمه فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم ولكم في القصاص حياة يا أولى الألباب لعلكم تتقون »[١]

وقال بعد بيان أحكام المواريث : « تلك حدود الله ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجري من تحتها الأنهار خالدين فيهـا وذلك الفوز العظيم ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين »[٢] .

ويقول في شأن جزاء القتل الأخروي : « ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيما »[٣] .

وفي شأن قطاع الطريق يقول : « إنمـا جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيـديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عـذاب عظيم »[٤] .

ثانياً : في التأثر بعنصري الدين والاخلاق : فالقوانين الوضعيـة ليس لها صفة دينية ، فلا أثر للدين فيها ، وحظ الأخلاق فيها ضعيف ، لأنهـا تقوم على مجرد التنظيم الظاهري الذي لا يحسب للخلق حساباً ، ومن ثم كانت بعيدة عن فكرة الحلال والحرام المبنية على بواطن الأمور .

وأما الفقه الإسلامي فإن عنصر الدين هو الأساس في قسم العبادات، وعنصر هام في قسم العادات ، ولذلك نراه في هذا النوع يعطي الأفعال أحكامها من الحل والحرمة ، حتى أن القرآن الكريم يعبر – غالباً – عن المشروعية بالحل ، وعن عدم المشروعية بالحرمة أو عـدم الحل « وأحل الله البيع وحرم الربا » ، يحل

---

(١) البقرة – ١٧٨ (٢) النساء : ١٣، ١٤ (٣) النساء : ٩٣ (٤) المائدة : ٣٣

لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث » ، « وأحل لكم ما وراء ذلكم » ، « لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرهاً »، « ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن » « لا يحل لك النساء من بعد »، « فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم » ، « حرمت عليكم الميتة » ، « لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن » . يأيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم » .

ومثله في ذلك السنة « كل المسلم على المسلم حرام » ، « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » .

وتعابير الفقهاء في ذلك كثيرة منوعة ، فهذا تصرف حرام وذاك حلال ، يحرم بيع الذهب بمثله متفاضلا ، ويحل إذا كانا متساويين ، لا يحل بيع الميتة ولا تناولها ، ويحرم شرب الخمر والتجارة فيها ، والقضاء بشهادة الزور لا يحل الحرام .

ومرد ذلك إلى أن الشارع لا ينظر إلى ظواهر الأمور وصور الأفعال ، بل ينظر إلى بواطنها وحقائقها في واقع الأمر ، فالشيء لا يكون حلالاً إلا إذا كان حقاً في حقيقته ، واتفق ظاهره مع باطنه . أما إذا اختلف الظاهر عن الباطن بأن كان حقاً في ظاهره ، وباطنه على العكس من ذلك ، فإنه لا يكون حلالا ، فالحكم الديني للأفعال يتبع حقائقها .

ولما كانت بواطن الأمور خفية علينا لا نستطيع الوقوف عليها لم يكلفنا الشارع في حكمنا على الأشياء إلا بما هو في استطاعتنا من النظر إلى ظواهرها فقط « أمرت أن أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر » .

ومن هنا جاء الاختلاف بين حكم القضاء والديانة ، فالشيء الواحد له عند الفقهاء حكمان ، حكم لظاهره وصورته ، ويسمى الحكم قضاء . وآخر لباطنه وحقيقة أمره ، ويسمى الحكم ديانة ، وقد يتفقان ؛ وقد يختلفان ، فإذا أدعى

شخص على آخر بدين وشهد له شاهدان بذلك ، وجب على القــاضي أن يحكم لصاحب الدعوى متى استوفيت صورتها المطلوبة ، فإن كان المدعي محقاً في دعواه ثبت الحق ظاهراً وباطناً ، واتفق حكم القضاء مع الديانة ، وحل للمدعي أخـذ هذا المال والانتفاع به ، وإن كان كاذباً فيها ثبت له الحق ظاهراً بحكم القاضي ، حرم عليه أخذ ذلك المال والانتفاع به ، لأنه حرام في أصله وقضاء القاضي لا يحل الحرام ولا يحرم الحــلال ، ولا أدل على ذلك من قول رسول الله للمتخاصمين : إنكم تختصمون إلي وإنما انا بشر ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من الآخر ، فأقضى له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيــه شيئاً فلا يأخذه ، فانما أقطع له قطعة من النار يأتي بها اسطاماً في عنقه يوم القيامة [1] .

ومن أجل هذا كانت مهمة القضاة شاقــة ، لأن الوصول إلى الحق بين التواء المتقاضين عسير ، فيتوقف الأمر – إلى حد بعيد – على ذكاء القاضي وحسن تصرفه ، والتاريخ يحدثنا الحديث الصادق عما كان يفعله قضاة الإســلام من التحايل على إظهار الحق لتبرأ ذممهم أمام الله [2] .

وكذلك وجدنا فقه الإسلام يسير مع قانون الأخلاق في طريق واحــد لا يفترقان ، وإنك لتلمس أثر الأخلاق واضحاً في كثير من تشريعاته ، فتحريم الربا مثلاً يقصد به تطهير النفوس من الأنانية والجشع ، وبث روح التعاون بين الناس ، وحماية المجتمع من المشاحنات والمنازعات التي تقوم بسبب تحكم أصحاب الأموال في المحتاجين ، ولا يخفى ما في تحريم الميسر والخمر والزنى والقذف من

(١) ألحن بحجتــه ، أفصح وأبلغ في بيانها من خصمه وهو كاذب ، فمن قضيت له الح فمن حكمت له بحق أخيه وهو يعلم ذلك فإنما أحكم له بما هو حرام عليــه ، ويفضي به الى النار ، والاسطام هو المسمار الذي يحرك به النار ؛ وهذا التصوير لتحذير الناس من الدعاوى الكاذبة .

(٢) راجع قصة أبي يوسف مع الخليفة الهادي لما وجد الحق في ظاهره معه ، وفي الباطن مع خصمه في ص ١٨٠ من هذا الكتاب .

السمو بالنفس عن أخذ مال الغير بغير وجه حق ، أو إيذائه في نفسه أو عرضه، أو تناول ما يضرها .

ثالثاً في الخضوع للتشريع والامتثال له : فهو للإسلامي رغبة واختيار وللوضعي قهر وإجبار .

وهذا الفرق كالنتيجة للفرقين السابقين ، فإن العقاب الأخروي المقرر في الإسلام لعصاة التشريع والمخالفين مع ما تقرر بجانبه من ثواب الطائعين الممتثلين، وما فيه من عنصر الدين الموقظ للضمير ، والأخلاق الداعية إلى الاستقامة . كل أولئك يهيء النفوس للخضوع له عن رضا ورغبة ، لأن الإيمان بالله المطلع على سرائر النفوس ونواياها الذي لا تخفى عليه خافية في الأرض ولا في السماء يجعل الإنسان دائماً على حذر من المخالفة [1] ، فإذا ما وقع فيها لم يحاول الإفلات من جزائها ، وهذا سر قول رسول الله ﷺ : « لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن، ولا يسرق السارق حين يسرق وهو مؤمن ».

كما أن عنصر الثقة بالشارع ، وأنه لا يشرع إلا ما فيه مصلحة المكلفين لعلمه بأحوالهم ، حاضرها ومستقبلها ، ظاهرها وباطنها ، تحمل المكلفين على تقبل ذلك التشريع والعمل به بنفس راضية مطمئنة .

وأما القوانين الوضعية فلا أثر فيها لدين ولا خلق وأن واضعيها لا يعرفون من مصالح الناس إلا ظاهرها ، وقد تشتبه عليهم، أو يتدخل فيها عنصر الهوى. فتنعدم الثقة بينهم وبين المكلفين ، فلم يبق حافز للعمل بها إلا خوف العقاب وبطش السلطان المنفذ له فخوف العقاب هو المانع من المخالفة ، بل من إعلان

---

(١) اقرأ إن شئت قوله تعالى في سورة المجادلة : « ألم تر أن الله يعلم ما في السموات وما في الأرض ما يكون من نجوى ثلاثة إلا هو رابعهم ولا خمسة إلا هو سادسهم ولا أدنى من ذلك ولا أكثر إلا هو معهم أينما كانوا ثم ينبئهم بما عملوا يوم القيامة إن الله بكل شيء عليم » .

المخالفة على التحقيق . فمتى سنحت للمرء فرصة الإفلات من العقوبة ارتكب ما ارتكب إشباعاً لشهواته ، وتحقيقاً لرغباته ، فامتثالها إذاً يكون تحت تأثير قوة السلطان ، وقهر الحاكم غالباً .

ويؤكد ذلك الفرق ويوضحه ما روى من وقائع عديدة تنادي بأن عنصر الدين أكسب هذا الفقه هيبة واحتراماً دونها بكثير هيبة الجزاء المقدر في القوانين الوضعية حتى كان المسلمون الأولون يؤثرون رضا الله على كل ما عداه فيعترف الواحد منهم اعترافاً صريحاً بالحقيقة . وهو يعلم أن عقاباً دنيوياً مؤلماً ينتظره من وراء هذا الاعتراف .

فهذا ماعز [1] يجيء طائعاً لرسول الله ، ويعترف اعترافاً صريحاً بجريمة الزنى ، وهو موقن بأن وراء ذلك الرجم بالحجارة حتى الموت ، يعترف ويصمم — رغم محاولة الرسول صرفه عن اعترافه لاحتمال خطئه — مؤثراً عذاب الدنيا على عذاب الآخرة ، وما ذاك إلا من أثر الدين في نفسه :

ومثله في ذلك المرأة الغامدية التي فعلت مثل ما فعله وجاءت تائبة معترفة بما جنته . ويقول رسول الله في شأنها : « إنها تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لوسعتهم » قالها رداً على من قال بعد إقامة الحد عليها : أخزاك الله . أو من قال للرسول : كيف تصلي عليها وهي زانية ؟!.

وفي قصة الرجلين المختصمين في الميراث — السابقة — شاهد على ذلك ، فانه ورد في آخر الحديث أن الرجلين لما سمعا كلام الرسول بكيا . وقال كل واحد

---

(١) صحابي اسمه ماعز بن مالك ، والأحاديث في قصته كثيرة ، وفي بعضها أن رسول الله أعرض عنه حتى أقر أربع مرات ، ثم قال له : لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت ؛ قال لا يا رسول الله ، ثم اعترف به صراحة ، فقال له الرسول : فما تريد بهذا القول ؟ قال : أريد أن تطهرني ، فأمر به فرجم ، راجع منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار ج ٦ ص ٨٣ وما بعدها .

منها حقي لأخي[1] قالا هذا بعد ن تنبه الوزاع الديني عندهما وتذكرا الآخرة، وما فيها من ثواب وعقاب .

ومن ذلك ما رواه الإمام أحمد في مسنده عن الأشعث بن قيس أن رجلا من كندة ورجلا من حضرموت اختصما إلى النبي ﷺ في أرض باليمن ، فقال الحضرمي : يا رسول الله أرضي اغتصبها هذا وأبوه . فقال الكندي يا رسول الله أرضي ورثتها من أبي ؛ فقـال الحضرمي يا رسول الله أستحلفه إنه ما يعلم أنها أرضي وأرض والدي اغتصبها أبوه ، فتهيأ الكندي لليمين ، فقال رسول الله : إنه لا يقتطع عبد أو رجل بيمينه مالا إلا لقي الله يوم يلقاه وهو أجذم ، فقال الكندي هي أرضه وأرض والده .

وروى مثله مسلم في صحيحه والترمذي في سننه وصحيحه .

وبعد : فهذه بعض وجوه الموازنـــة بين التشريع الإسلامي وبين القوانين الوضعية ، وهي تقودنا - إذا لم نتعصب - إلى الاعتراف بأن شريعة الإسلام لا يعدلها قانون آخر ، وأن العمل بها والسير على نهجهــا خير ضمان لاستقرار الأمن؛ وبث روح الطمأنينة في مجتمعنا الذي فشلت القوانين الوضعية المستوردة من الغرب في تنظيمه ، ولن يصلح آخر هذه الأمة إلا بما صلح به أولها .

ولا يفوتني هنا أن أقدم لك نماذج مما جاءت به تلك الشريعة من مبادىء

---

(١) وبقية الحديث أن رسول الله قال لهما بعد هذا البكاء وتنازل كل منهما عن حقه لصاحبه « أما إذاً فقوما فاقتسمنا ثم توخيا الحق . ثم استهما . ثم ليحلل كل واحـــد منكما صاحبه » الطرق الحكمية ص ٢٦٦ . وتفسير القرطبي جـ ٢ ص ٣١٧ .

وفي نيل الأوطار جـ ٥ ص ٢١٤ من رواية أحمد وأبي داود : فإنما أقطع له قطعة من النـار يأتي بها أسطاما في عنقه يوم القيامة ، فبكى الرجلان ، وقال كل واحـد منهما : حقي لأخي ، فقال رسول الله : أما إذ قلتما فاذهبا فاقتسما ثم توخيا الحق ثم استهما ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه ، استهما . اقترعا ومنه قوله تعالى « فساهم فكان من المدحضين » .

سامية تقود الناس دائما إلى الفـــلاح ، وتقضي على عوامل الشر والفساد ، ومن هذه المبادىء :

١ – **مبدأ العقيدة الصحيحة** : جاءت الشريعة الإسلامية بعقيدة التوحيد التي توجه الناس إلى إله واحد ، وقبلة واحدة ، فتتوحد الصفوف وتجتمع على كلمة واحدة : « قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم ألا نعبد إلا الله ولا نشرك به شيئاً ولا يتخذ بعضنا بعضاً ارباباً من دون الله ، فإن تولوا فقولوا اشهدوا بأنا مسلمون » [١] .

وبينت لهم أنهم راجعون إلى الله فيحاسبهم على مـا قدمت أيدنهم في هذه الحياة « أفحسبتم أنما خلقناكم عبثاً وأنكم إلينا لا ترجعون » [٢] .

« واتقوا يوماً ترجعون فيه إلى الله ثم توفى كل نفس مـــا كسبت وهم لا يظلمون » [٣] . « ونضع الموازين القسط ليوم القيامة فلا تظلم نفس شيئاً وإن كان مثقال حبة من خردل أتينا بها وكفى بنا حاسبين » [٤] .

« الله لا إله إلا هو ليجمعنكم إلى يوم القيـامة لا ريب فيه ومن أصدق من الله حديثا » [٥] .

٢ – **مبدأ نفي الواسطة بين العباد وخالقهم** : ليبطل ما استقر في أذهان الناس من أن هناك وسطاء بين الإله وعباده ، فجعل الاتصال به مباشراً :

« وإذ سألك عبادي عني فإني قريب أجيب دعوة الداع إذا دعان » [٦] .

« وقال ربكم ادعوني أستجب لكم » [٧] .

---

(١) آل عمران - ٦٤ . (٢) المؤمنون - ١١٥ . (٣) البقرة - ٢٨١ .
(٤) الأنبياء - ٤٧ . (٥) النساء - ٨٧ . (٦) البقرة - ١٧٦ . (٧) غافر - ٦٠ .

وهو الذي يقبل التوبة عن عباده ويعفو عن السيئات ويعلم ما تفعلون »[1].

ويتبع ذلك المبدأ مبدأ آخر وهو نفي تحمل شخص تبعة ما ارتكبه غيره مهما تعهد له بذلك ، ومهما كانت منزلته

« ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى ثم إلى ربكم مرجعكم فينبئكم بما كنتم فيه تختلفون »[2] .

« من اهتدى فإنما يهتدي لنفسه ومن ضل فإنما يضل عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى »[3]

« ولا تزر وازرة وزر أخرى وإن تدع مثقلة إلى حملها لا يحمل منه شيء ولو كان ذا قربى »[4] .

« كل نفس بما كسبت رهينة »[5] .

٣ – مبدأ الاعتدال في كل شيء : أمرت بالاعتدال دون إفراط أو تفريط « وآتوا حقه يوم حصاده ولا تسرفوا إنه لا يحب المسرفين »[6] .

« وكلوا واشربوا ولا تسرفوا إنه لا يحب المسرفين »[7] .

« ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوماً محسوراً »[8] .

« وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولئن صبرتم لهو خير للصابرين »[9].

---

(١) الشورى – ٢٥ . (٢) الأنعام – ١٦٤ . (٣) الاسراء – ١٥ .
(٤) فاطر – ١٨ . (٥) المدثر – ٣٨ . (٦) الأنعام – ١٤١ . (٧) الأعراف – ٣١ . (٨) الاسراء – ٢٩ . (٩) النحل – ١٢٦ .

« أدعوا ربكم تضرعاً وخفية إنه لا يحب المعتدين » [١] .

ويقول رسول الله : « كلوا واشربوا والبسوا وتصدقوا في غير مسرفة ولا مخيلة » ، رواه البخاري وأحمد والنسائي .

٤ – مبدأ التعاون : وهو مبدأ أصيل في الإسلام جـــاء بصيغة العموم الشامل :

« وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان » [٢] .

فكلمه البر والتقوى شاملة لجميع وجوه الخير في الدنيا والآخرة « كما أن كلمة الإثم والعدوان شاملة لجميع أنواع الشر الدنيوي والأخروي ، فهذه الآية فتحت أبواب التعاون على الخير بأنواعه وأغلقت طرق التعاون على الشر كله ، بل إن التعاون في الإسلام قد يتخطى مجرد المعونة إلى مرتبة الإيثار على النفس: « ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون » [٣] .

ويتفرع من هذا المبدأ مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، فهو تعاون على جلب الخير ودفع الشر ، ولأهمية هذا النوع من التعاون جعل الله هذه الأمة من أجله خير أمة أخرجت للناس : « كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر » [٤] ، وربط الفـلاح به : « ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون » [٥]

٥ – مبدأ العدالة والمساواة : فإن أحكامهـــا بنيت على العدالة المطلقة والتسوية التامة بين النـــاس . لا فرق بين الحاكم والمحكوم ، ولا بين القريب

---

(١) الأعراف – ٥٥ . (٢) المائدة – ٢ . (٣) الحشر – ٩ .
(٤) آل عمران – ١١٠ . (٥) آل عمران – ١٠٤ .

والغريب ، ولا بين الموالي والمخالف ، وقد سبق أن تكلمنا على ذلك عند الكلام على أسس التشريع ، ونزيد الأمر توضيحاً فنقول :

إن الإسلام لا يعترف بامتياز أحد على أحد بالنسبة إلى خضوع الجميع للقانون « يأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم »[1] .

والرسول يخاطب أهله فيقول : « يا معشر قريش إن الله قد أذهب عنكم نخوة الجاهلية وتكاثرها بآبائها » النخوة (الكبر والعظمة والافتخار) ، وقال : « ليس منا من دعا إلى عصبية » ، « ولا عصبية في الإسلام »

ويقول عمر بن الخطاب في كتابه إلى القائد سعد بن أبي وقاص : « إن الله ليس بينه وبين أحد نسباً إلا بطاعته والناس شريفهم ووضيعهم في ذات الله سواء » .

ولما بلغه أن عمرو بن العاص والي مصر يتكىء في مجلسه كتب إليه يقول : « بلغني أنك تتكىء في مجلسك فإذا جلست فكن كسائر الناس » .

وكان رأيه في الحاكم انه خادم للرعية فكثيراً ما كان يقول للناس : « إني لم أبعث إليكم الولاة ليضربوا أبشاركم ويأخذوا أموالكم ولكن ليعلموكم ويخدموكم »[2] .

وقد روى أن يهودياً خاصم علي بن أبي طالب إلى أمير المؤمنين عمر ، فنادى أمير المؤمنين علياً بقوله : « قف يا أبا الحسن » فبدأ الغضب على عليّ ، فقال له عمر : « أكرهت أن تسوي بينك وبين خصمك في مجلس القضاء ؟ » فقال علي

(١) الحجرات - ١٣ . (٢) الخراج لأبي يوسف ص ١٢٥ .

لا ، ولكني كرهت منك أن عظمتني في الخطاب ، فناديتني بكنيتي ولم تصنع مع خصمي ما صنعت معي .

ومن تتبع تشريعات الإسلام وجد المساواة بأنواعها مبثوثة بين أحكامه ، فمن مساواة أمام القانون ، إلى مساواة في التوظف والتكاليف العامة من الضرائب والجندية وغيرها .

٦ – **مبدأ الشورى** : فقد جعل الإسلام الشورى أساساً للحكم حيث أمر القرآن رسول الله بها مع نزول الوحي عليه « وشاورهم في الأمر »[١] ، كما جعلها من صفات المؤمنين « وأمرهم شورى بينهم »[٢] ، وقد ضرب الخلفاء الراشدون أروع الأمثال في استعمال الشورى، وجعلوها قوام حكمهم في القضاء وسياسة الدولة ، وكذا كل حاكم مسلم سار على مبادىء الإسلام من بعدهم .

جاء الإسلام بذلك في الوقت الذي كان الحكام يستبدون بالحكم،ويحكمون بهواهم ولا ناقد ينقدهم ولا مرشد يرشدهم .

٧ – **مبدأ الحرية** : فقد قرر الإسلام الحرية بأنواعها في عصر عمت فيه العبودية ، وطغت عليه العنصرية .

ا – **حرية العقيدة والايمان** : « لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي »[٣] ، « ولو شاء ربك لآمن من في الأرض كلهم جميعاً أفأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين »[٤] ، « ولو شاء ربك لجعل الناس أمة واحدة ولا يزالون مختلفين إلا من رحم ربك »[٥] ، « وقل الحق من ربكم فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر »[٦] ، « لكم دينكم ولي دين »[٧] ، ونفى سيطرة الرسول

(١) آل عمران – ١٥٩ . (٢) الشورى – ٣٨ . (٣) البقرة – ٢٥٦ .
(٤) يونس – ٩٩ . (٥) هود – ١١٨ . (٦) الكهف – ٢٩ (٧) الكافرون – ٦

على الناس « فذكر إنما أنت مذكر لست عليهم بمسيطر »[1] .

ب — **حرية الرأي** : يقول رسول الله : لا يكن أحدكم إمعة يقول : أنا مع الناس إن أحسن الناس أحسنت ، وإن أساءوا أسأت ، ولكن وطنوا أنفسكم إن أحسن الناس أن تحسنوا ، وإن أساءوا أن تجتنبوا » . فهذا الحديث لا يدعو إلى حرية الرأي فقط ، بل ويدعوهم إلى تكوين الشخصية المستقلة .

على أن حرية الرأي تتمثل في الاجتهاد المشروع في الإســـلام ، وفي وقائع كثيرة في تاريخ المسلمين .

فأبو بكر لما اختار عمر خليفة من بعده بعد مشاورة أصحــاب الرأي من الصحابة يدخل عليه أحد المعارضين ، ويقول له : « ما أنت بقائل لربك إذا سألك عن استخلاف عمر علينا وقـــد ترى غلظته . وهو إذا ولي كان أفظ وأغلظ » فيرد أبو بكر قائلاً : « أبالله تخوفني ؟ خاف من تزود من أمركم بظلم ، أقول : اللهم إني استخلفت على أهلك خير أهلك » .

ولما قال عمر في إحدى خطبه : « أيها الناس من رأى منكم في اعوجاجاً فليقومه » رد عليه رجل من عامة الشعب بقوله : والله لو رأينا فيك اعوجاجاً لقومناك بسيوفنا ، فيجيبه عمر بمقالة كلهـا رضى : « الحمد لله الذي جعل في المسلمين من يقوم اعوجاج عمر بسيفه » ، ويقول لما ردت عليه المرأة في مسألة تحديد المهور : أصابت امرأة وأخطأ عمر .

وهذا علي بن أبي طالب يفوت على نفسه الخلافـة تمسكاً بحرية الرأي عندما جعلها عمر من بعده في ستة ، وانتهت المفاوضات والشورى إلى أن يحسم الأمر فيها عبد الرحمن بن عوف ، فدعا الناس إلى المسجد ، وقد أصبح الأمر بين علي

---

(١) الغاشية — ٢١ ، ٢٢ .

وعثمان ، فوقف عبد الرحمن في المسجد ، ونادى علياً فبايعه خليفة للمسلمين على أن يعمل بكتاب الله وسنة رسوله ، واجتهاد الشيخين أبي بكر وعمر فيرفض علي ذلك إلا أن يكون عمله بكتاب الله وسنة رسوله ، ويجتهد رأيه ، فنادى عبد الرحمن عثمان ، فقبل العهد الذي رفضه علي فأصبح خليفة .

وقد ظل علي طول حياته متمسكاً بحرية الرأي ، ويدعو إليها حتى وهو على فراش الموت ، فقد أقبل عليه بعض المسلمين - بعد ما طعنه عبد الرحمن بن ملجم من الخوارج وشعروا بدنو أجله ، وقالوا له : إن فقدناك - ولا نفقدك - أفنبايع الحسن ؟ فقال لهم : « لا آمركم ولا أنهاكم أنتم أبصر » .

جـ - حرية الهجرة والانتقال من المكان الذي يظلم فيه الشخص ولا يستطيع دفع الظلم عن نفسه : قال تعالى : « إن الذين توفاهم الملائكة ظالمي أنفسهم قالوا فيم كنتم قالوا كنا مستضعفين في الأرض قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيراً . إلا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان الذين لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلا »[1] .

د - حرية المسكن : جاء ذلك في قوله تعالى : يأيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون . فإن لم تجدوا فيها أحداً فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم وإن قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو أذكى لكم والله بما تعملون عليم »[2]

والأحاديث في الاستئذان كثيرة جداً منها أن رجلا جاء إلى بيت رسول الله فوقف مستقبل الباب فرآه النبي ﷺ فقال له : « إنما جعل الاستئذان من أجل النظر ، وإذا دخل البصر فلا إذن » .

---

(١) النساء - ٩٧ و ٩٨ . (٢) النور - ٢٧ و ٢٨ .

٨ – **مبدأ التسامح** : جاء الإسلام يدعو إلى التسامح مع الأفراد « وعباد الرحمن الذين يمشون على الأرض هوناً وإذا خاطبهم الجاهلون قالوا سلاما »[١] ومع الجماعات المخالفة ، ولكن في غير ذلة « وإن جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله »[٢] « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين »[٣] .

وأمثلة التسامح في سيرة رسول الله لا حصر لها . منها ما رواه البخاري عن سلمة بن الأكوع أن قوماً من غطفان وفزارة أخـذوا إبلا لقاحاً (حلوباً) من إبل الصدقة ، فخرجت أطلبها بعد أن صرخت ثلاث صرخات « يا صباحاه يا صباحاه »، فلما أدركتهم جعلت أرميهم حتى استنقذتها منهم قبل أن يشربوا، ثم أقبلت اسوقها ، فلقيني النبي فقلت يا رسول الله ، إن القوم عطاش وإني أعجلتهم أن يشربوا سقيهم ، فقال : « يا ابن الأكوع ملكت فاسجح إن القوم يقرون في قومهم » .

ملكت فاسجح مثل من أمثال العرب ، ومعناه . إذا غلبت على الأحرار واستعبدتهم فارفق بهم ولا تأخذهم بالشدة .

ولقد روى أن علي بن أبي طالب وهو خليفة بعث ابن عباس للخوارج الذين خرجوا عليه فناظرهم ، فرجع إلى صفوفه منهم أربعة آلاف ، وأصر مثلهم على عدم الرجوع ، فأرسل إليهم يقول : « كونوا حيث شئتم وبيننا وبينكم ألا تسفكوا دماً حراماً ، ولا تقطعوا سبيلا ، ولا تظلموا أحداً فإن فعلتم نبذت إليكم الحرب » وقال لهم مرة اخرى : « لا نبدأ بقتال ما لم تحدثوا فساداً » .

هذا هو الإسلام في سماحتـــه مع المخالفين فأين منه ما يدعو إليه الأحرار اليوم في كل مكان من مبدأ « التعايش السلمي » .

---

(١) الفرقان – ٦٣ . (٢) الأنفال – ٦١ . (٣) الممتحنة – ٨ .

٩ - مبدأ التضامن الاجتماعي : حرص الإسلام من أول الأمر على التضامن الاجتماعي بين طبقات الشعب . ففرض نظام الزكاة ، وجعلها ركناً من أركانه ، الزكاة التي تؤخذ من الأغنياء لتعطي للفقراء بنسبة معينة تختلف باختلاف الأموال ، الزكاة التي لم يجعلها الشارع تبرعاً وإحساناً ، بل جعلها حقاً واجباً في غير آية « وآتوا حقه يوم حصاده »[١] ، « والذين في أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم »[٢] ، وهذا النظام الذي يحقق التعاون والتكافل بين صنفين من الناس . بين الأغنياء والفقراء . يسد به حاجة المحتاجين ، ويجعله طهرة للأغنياء الموسرين . ونماء لأموالهم « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها »[٣] . فتتولد المحبة في نفوس الفقراء ، والعطف والرحمة في قلوب الأغنياء فلا حقد ولا حسد ولا ضغينة ، بل مودة وتآلف .

ثم إنه لم يقف في ذلك عند الزكاة ، بل جعل ذلك بقدر الحاجة يقدرها ولي الأمر بقدر ما يكفي المحتاجين ، وحمل الأغنياء مسؤولية عدم كفايتهم وتوعدهم بالعذاب الشديد ، جاء في الحديث « إن الله فرض على الأغنياء المسلمين في أموالهم بقدر الذي يسع فقراءهم ، ولن يجهد الفقراء إذا جاعوا وعروا إلا بما يصنع أغنياؤهم ، ألا وإن الله يحاسبهم حساباً شديداً ، ويعذبهم عذاباً أليما »[٤] .

وروى ابن حزم في المحلى بسنده عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال : « من كان معه فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له ، ومن كان له فضل من زاد فليعد به على من لا زاد له » قال فذكر من أصناف المال ما ذكر حتى رأينا أنه لا حق لأحد منا في فضل » .

---

(١) الأنعام - ١٤١ . (٢) المعارج - ٢٤ ، ٢٥ . (٣) التوبة - ١٠٣ .

(٤) روى ابن حزم في المحلى جـ ٦ ص ١٥٨ مثل ذلك موقوفاً على علي بن أبي طالب « إن الله تعالى فرض على الأغنياء في أموالهم بقدر ما يكفي فقراءهم ، فإن جاعوا أو عروا وجهدوا فبمنع الأغنياء ، وحق على الله تعالى أن يحاسبهم يوم القيامة ويعذبهم عليه » .

بل أكثر من ذلك إنه ﷺ نفر من عدم المساعدة فقال : « ما آمن بي من بات شبعان وجاره جائع إلى جنبه وهو يعلم به » ، وقال : « أي رجل مات ضياعاً بين أغنياء فقد برئت منهم ذمة الله ورسوله » .

وأخرج أبو داود عن علي رضي الله عنه قال: سيأتي على الناس زمان عضوض يعض الموسر على ما في يديه ولم يؤمر بذلك ، قال الله تعالى : « وما أنفقتم من شيء فهو يخلفه وهو خير الرازقين » وينشد شرار خلق الله يبايعون كل مضطر ألا إن بيع المضطر حرام . المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخونه إن كان عندك خير فعد به على أخيك ولا تزده هلاكاً إلى هلاكه »[1] .

ولقد كانت الدولة الإسلامية في عصورها الأولى تكفل الناس جميعاً بعطاء فيه الكفاية لهم من بيت المال ، فهذا عمر يفرض في خلافته لكل شخص حقاً في بيت المال ، فبعد أن دون الدواوين ، نظم العطاء حتى جعل للأطفال عطاء فيه ، وقد جعله أول الأمر بعد الفطام ، فلما وجد الناس تعجلوا فطام أطفالهم رجع عنه وقال : « يأيها الناس لا تعجلوا فطام أطفالكم فإنا نفرض لهم بمجرد ولادتهم » .

بل لم يقصر العطاء على المسلمين ، فقد فرض للعجزة من أهل الذمة حينما رأى رجلاً كبيراً ضريراً من اليهود يسأل الناس ، فقال له : ما حملك على ذلك قال الحاجة إلى دفع الجزية ، وحاجة العيال ، فقال : ما أنصفناه أكلنا شبيبته وضيعناه عند الهرم ، ثم أمر برفع الجزية عنه ، وأن يعطى وعياله ما يكفيهم من بيت المال طول مدة إقامتهم بدار الإسلام .

وفي بعض الروايات أنه كتب إلى خازن بيت المال يقول له : أنظر إلى هذا وضربائه ، فوالله ما أنصفناه أن أكلنا شبيبته ، ثم نخسره عند الهرم ، إنما

(١) الاعتصام للشاطبي جـ ٢ ص ٢٤٤ .

الصدقات للفقراء والمساكين ، وهذا من مساكين أهل الكتاب ، ثم وضع عنه وعن ضربائه الجزية .

وقد مر وهو في طريقه إلى الشام براهب نصراني مريض بالجذام ، فأمر بإعطائه من بيت المال ما يكفي حاجته على الدوام .

وجاء في العهد الذي كتبه خالد بن الوليد لأهل الحيرة في عهد أبي بكر لما قبلوا دفع الجزية [1] بشأن من افتقر منهم .

« وجعلت لهم أيما شيخ ضعف عن العمل أو اصابته آفة من الآفات أو كان غنياً فافتقر وصار أهل دينه يتصدقون عليه طرحت جزيته وعيل من بيت مال المسلمين وعياله ما أقام بدار الهجرة ودار الإسلام فإن خرجوا إلى غير دار الهجرة ودار الإسلام فليس على المسلمين النفقة على عيالهم .

وفي عهد المنصور العباسي كانت الأرزاق تجري على القواعد والأيتام والعميان .

وبالجملة فالشريعة الإسلامية بلغت غاية السمو والكمال والعدالة من أول أمرها بينما جاءت القوانين الوضعية ناقصة ، ورجالها ينشدون لها الكمال دائماً .

وكلما انتهوا إلى تقرير مبدأ سليم ظنوه جديداً ، وهو في شريعة الله قديم ، فهم ينتهون دائماً إلى ما بدأت به الشريعة من عدة قرون خلت .

ولعل هذه الحقيقة الواضحة هي التي حملت بعض الناس على الطعن في الشريعة من ناحية أخرى ، وهي أنها مستمدة من القانون الروماني ليرجعوا ما فيها من مزايا إلى قوانينهم ، وهذا يدعونا إلى دفع هذه الفرية الظالمة التي نشأت عن جهل أصحابها ، أو تجاهلهم للحقيقة الواضحة .

---

(١) الخراج لأبي يوسف ص ١٤٤ .

الفقه الاسلامي ودعوى تأثره بالقانون الروماني

هذه مسألة أثيرت من زمن بعيد . أثارتها فئة غريبة لم تعرف عن الإسلام إلى معلومات سطحية لا تمثل الإسلام في شيء ، أو عرفت منه الكثير ، ولكن العداء الساكن في القلوب أعمى البصائر وشوه الحقائق ، فعلوا ذلك ليشككوا بسطاء المسلمين في فقههم فيولوا وجوهم نحو ما عندهم من الفقه الغربي . ولكن الحق لا يعدم أنصاره ، وقد يجيء النصر على يد أعدائه أنفسهم .

والمسألة بعد طول الكلام فيها ، وكثرة الأخذ والرد انتهت إلى وضع سليم اعترف فيه فقهاء الغرب في مؤتمراتهم العامة . بأن الفقه الإسلامي تشريع قائم بذاته ليس مأخوذاً من غيره ، وأنه فقه حي قابل للتطور ، وأن الآراء المختلفة فيه تجعل منه ثروة حقوقية ضخمة تسع ما يجد في الحياة من أحداث .

وأصل المسألة أن فريقاً من المستشرقين زعم أن الفقـــه الإسلامي استمد بعض أصوله وقواعده من الفقه الروماني ، بل تغالى بعضهم وقال : إن الفقهـاء المسلمين أخذوا قواعد فقههم كلها عن القانون الروماني ، وتابعهم في هذا الزعم فريق آخر ممن ولع بتقليد كل ما هو غربي .

تمسك هؤلاء بأن الفقه الروماني سبق الفقه الاسلامي في الوجود ، فقـد تم بناؤه وأخـــذ وضعه الأخير قبل أن يولد الفقه الإسلامي بأكثر من نصف قرن ومن الطبيعي أن المتأخر يستمد من المتقدم خصوصاً ، وأن الأول عاش القرون الطويلة بين دراسة العلماء ، وعناية الملوك ، ومعلوم أن الصحابة كانوا يسافرون بتجارتهم إلى الشام — وهي إذ ذاك محكومة للدولة الرومانية — وفيها مدارس

تدرس القانون الروماني ، ومحاكم تسير في نظامها وقضائها على قواعد ذلك القانون ، فتعلموا هذا القانون ، وأمدوا فقههم به ، ثم لما فتحوا الشام استولوا على ما فيها من قوانين فهذبوها ، وتمموا بها فقههم الذي ما زال في دور الطفولة بعد .

والذي يؤيد ذلك تشابه الفقهين ، بل اتحادهما في بعض الأصول ، مثل « البينة على المدعي واليمين على من أنكر »[1] ، وقاعدة المصالح المرسلة ، أو الاستصلاح في الفقه الإسلامي ، فإنها بعينها مبدأ المنفعة في الفقه الروماني ، وأن الإسلام يقرر مبدأ الحكم الاقليمي ، فإذا دخل غير المسلمين بلاد المسلمين خضعوا لحكم الإسلام ، كما أن الدولة الرومانية كانت تحكم على من خالفهم في الدين والوطن بالحكم الإقليمي لهم .

وهذا كما ترى كلام لا يصدر إلا عن منكر بأن الشريعة الإسلامية من وحي السماء ، لأن الأسبقية والأخذ والاستيلاء ، والتتميم صريح في ذلك .

ونحن نقول لهؤلاء : إن مجرد الأسبقية في الوجود لا يلزم منها التأثر المزعوم وأن سفر الصحابة بالتجارة ما كان يعدو شبه الجزيرة العربية إلا قليلا ، وعلى فرض حصوله فخروجهم للتجارة لا يستلزم تعلم هذه القوانين ، والتاريخ لم يحدثنا عن واحد منهم أنه خرج ليطلب العلم بالشام ، أو بغيرها ، ولم تكن هناك بعثات منهم قبل الرسالة ، وأما بعدها فقد كان الوحي ينزل من السماء ، ولم يكونوا يلجأون في أسئلتهم إلا إلى رسول الله ، ولم يثبت أن رسول الله بعث أحداً لإحضار هذه القوانين من الشام ، أو غيرها ، وكذلك لم يذهب[2] بنفسه

---

(١) أصل هذه القاعدة في الاسلام مأخوذ من حديث « لو ترك الناس ودعواهم لادعي قوم دماء قوم وأموالهم ، لكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر » .

(١) لم يخرج الرسول قبل بعثته إلى الشام إلا مرتين ، أولاهما مع عمه أبي طالب وكانت سنه إذ ذاك اثنتي عشرة سنة ، والثانية حينما خرج بالتجارة لخديجة قبل زواجه منها وكانت سنه خمساً وعشرين سنة .

لمثل هذا ، بل كان يرسل المعلمين إلى البلدان ، ولم يؤثر عنه أنه أمرهم بتعلم تلك القوانين ، ولا يعقل أنه يأخذ قوانين أجنبيـــة من وضع البشر ، وينسبها إلى ربه ، والله يقول في كتابـــه : « ولو تقول علينا بعض الأقاويل لأخذنا منه باليمين »[1] ، ويقول في آية اخرى : « وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى »[2] .

على ان الفقه الروماني قد كمل في عهد القيصر جوستنيان حيث تم جمعه في سنة ٥٣٣ بعد الميلاد ، وبموتـــه سنة ٥٦٥ ضعف ذلك الفقه باضمحلال الدولة الرومانية ، وجهله الناس ، ولم يعد يدرس كما كان ، والإسلام بدأ بعد ذلك بنصف قرن ، فأنّى يتأثر هذا بقانون انزوى وسط الكنائس والمعابد ؟.

وقد يدعى أنه نقل إلى جزيرة العرب بعد ذلك ، وهذا الادعاء في غير محله لأن المؤرخين قرروا أنه ظل بعد هذا التاريخ مجهولاً عند جميع الناس حتى عند أهل أوربا أنفسهم ؛ لأن الطباعة لم تكن عرفت بعد والقوانين ظلت منحصرة في دائرة ضيقة جداً في أيدي مؤلفيها ، أو ورثتهم أو الكنائس وما شابهها من المعابد ، ثم بقيت في هـــذه الدائرة إلى أن وجدت الطباعة في أوائل النهضة الأوربية في أوائل القرن الخامس عشر تقريباً ، وحينئذ أمكن بعث هـــذه القوانين والعثور عليها من الأماكن التي كانت مقبورة فيها .

ومن هـــذا يتبين أن الفقه الروماني بينما كان في عصر خموله واختفائه عن الأنظـــار كان الفقه الإسلامي في أزهى عصوره ، وأنه بدأ في القرن السابع الميلادي ، واستكمل نموه في هذا القرن وما يليــه من القرنين الثامن والتاسع ، العصر الذي وجد فيه الأئمة الأربعة ، والذي دونت فيه مذاهبهم .

والتاريخ لم يحدثنا عن فقيه من فقهاء المسلمين بعد عصر الصحابة بأنه تعلم على

---

(١) الحاقة — ٤٥ . (٢) النجم — ٣ ، ٤ .

معلم أجنبي ، فأخذ عنه القانون الروماني ، بل كلهم تعلم الفقه على فقهاء مسلمين وأخذوا مذاهبهم من مصادر التشريع الإسلامي ، وكثيراً ما تناظروا للوصول إلى الحق ، فما سمعنا أن واحـــداً منهم استند في مناظرته إلى مادة من مواد القانون الروماني ، ولو كان ذلك حدث لـكان أولى الأئمـــة بالتأثر الإمام الأوزاعي فقيه الشام . فقد عاش فيها، وتفقه حتى صار إماماً ، وقد كان القانون الروماني سائداً فيها قبل زمنه .

والواقع ينادي بعكس ذلك لأن فقهه بني على الكتاب والسنة ، حتى عده العلماء المسلمون من مدرسة أهل الحديث .

نعم إن المسلمين نقلوا بعض العلوم الأجنبية ، وترجموها إلى العربية في عصر الدولة العباسية ، فنقلوا المنطق والفلسفة عن اليونان ، واستفادوا من ذلك في طريق استدلالهم على الأحكام المجتهد فيها ، لكنهم لم ينقلوا فقههم ، وإلا لسجل التاريخ ذلك ، ولو كانوا في حاجة إليه لفعلوه ، ومن ادعى غير ذلك فليأت بما يثبت دعواه .

بقيت مسألة التشابه في بعض القواعد ، وهذا لا يدل على التأثر المزعوم لأن طبيعة النظام تستدعي مثل هـــذه القواعد ، ولأن كثيراً من المباحث الفقهية الحديثة مثل الأحوال الشخصية والعقوبات والمواريث وغيرها كانت معروفة عند قدماء المصريين والإغريقيين وغيرهم من الأمم السابقة على الرومان ومع ذلك لم يقل أحد إن الإسلام تأثر بها .

ولا يقال إن الاسلام أقر بعض ما كان عند العرب من عادات ، وبعضها مأخوذ من القانون الروماني ، لأن إقرار هذه العادات والمعاملات لا يعتبر أخذاً وتأثراً ، لأن الاسلام كما قلنا من قبل لم يأت للهدم ، بل جاء للبناء ولذلك أقر الصالح من العادات ، وهدم الفاسد ، وهذب ما احتاج إلى التهذيب .

ومما يقطع أصل هذه الدعوى أن الفقه الاسلامي - كما هو مقرر فيه - بني على العدالة المطلقة من أول الأمر فلا ينظر إلى الأفراد إلا بقدر ما يصلح المجتمع فالعدالة فيه تعتبر أمراً عملياً لا معدى عنه.

وأما الفقه الروماني فقد بني في أول الأمر على أن الحق للقوة، فبقدر قوة الفرد أو الجماعة يكون نصيبه من التشريع، فقد كان الناس في زمنه طبقات، وأحكامه وضعت على نظام الطبقات، حتى إنه كان يعتبر الإيذاء الذي يقع على الشريف أفظع مما يقع على غيره من عامة الناس، وعقوبة الشريف إذا جني جناية تكون أقل مما يعاقب به غيره [1].

فأين هذا مما قرره الاسلام من أول الأمر على لسان الرسول الكريم، فيقول: «أيها الناس إنما هلك من كان قبلكم لأنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق الضعيف قطعوه، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها» ويقول لبني هاشم: «يا بني هاشم لا أغنى عنكم من الله شيئاً، يا صفية بنت عبد المطلب لا أغنى عنك من الله شيئاً، يا فاطمة بنت محمد لا أغنى عنك من الله شيئاً».

وإذا كان هذا هو أساس النوعين فأنى يتأثر الفقه الإسلامي وهو الكامل بقانون وضع ناقصاً في أول الأمر ثم أخذ يطلب الكمال وينشد العدالة التي تعتبر في نظر رجاله مثلاً أعلى يحاولون الوصول إليه؟

وأخيراً نقول لهؤلاء الزاعمين: أن دعواكم هذه أساسها الجهل بالفقه

---

(١) جاء في مدونة جوستنيان ترجمة المرحوم الأستاذ عبد العزيز فهمي ص ٣١٧ إن من يستهوي أرملة مستقيمة أو عذراء فعقوبته إن كان من بيئة كريمة مصادرة نصف ماله، وإن كان من بيئة ذميمة فعقوبته الجلد والنفي من الأرض، كما يقرر في موضع آخر ص ٢٦٣: أن الايذاء الذي يقع على أحد أعضاء مجلس الشيوخ يكون أفظع من الذى يقع على احد الرعاع.

الاسلامي وأسسه ، لأن من يستعرض الفقهين يجد كلا منهما قد انفرد بأشياء ليست في الآخر .

ففي الفقه الاسلامي نظم لا أصل لها في القانون الروماني . كنظام الوقف ؛ والشفعة ؛ وموانع الزواج من الرضاع ، ونظام التعزير ، وهو ترك تحديد العقوبة للقاضي حسب اجتهاده ، ومبدأ النيابة التعاقدية التي قررها الفقه الاسلامي من أول الأمر ، بينما لم يصل إليها الفقة الروماني إلا بعد جهد شاق طويل ، والحد من تصرفات المريض مرض الموت لحق الغرماء والورثة في الوقت الذي لا يعرفها القانون الروماني ، ولا ننسى ما جاء به الفقه الإسلامي من أحكام العبادات التي ليس لها نظير في فقه الرومان ، كما انفرد الفقه الروماني بنظم لا وجود لها في الفقه الاسلامي ، كنظام السلطة الأبوية [1] ، والسيادة الزوجية والوصاية على المرأة ، ونظام التبني الذي ألغاه الإسلام وأهدره .

وهناك نظم مشتركة بينهما ، ولكن قواعدها مختلفة فيهما أشد الاختلاف فالقانون الجنائي موجود فيهما ، وشتان ما بينهما ، فنظام التعزير وهو ترك الحرية للقاضي في تقرير العقوبة المناسبة للجاني موجود في الفقه الاسلامي ولا وجود له في الروماني ، والاسلامي يعتبر الجريمة في درجة واحدة لا فرق بين ما يقع من الشريف وغيره ، ويوحد العقوبة بينهما ، والروماني يفرق في الجريمة والعقوبة بالنسبة للطبقات كما أشرنا إلى ذلك من قبل .

ونظام الزواج مقرر فيهما ، لكنه فردي عند الرومان ، ومتعدد عند المسلمين .

---

(١) كان يقرر أن ولاية الأب تستمر على ابنة مطلقاً ذكراً كان أم أنثى ما دام الأب حراً على قيد الحياة ، وتبقى هذه الرقبة حتى يأتي التحرير من الأب ، فان لم تأت فتبقى حتى يموت الأب ، فكأن الاصل في الانسان هو العبودية ، والحرية عارض يمنح من شخص آخر ، وهذا عكس ما قرره الاسلام من أن الأصل هو الحرية ، والرق عارض وطارىء علية ، ومن الكلمات المأثورة في الاسلام « متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم امهاتهم احراراً » .

ونظام المواريث كذلك ، بيد أن المرأة لها مثل ما للرجل عند الرومان ، ولها النصف من نصيبه في الاسلام ، والطلاق حق مقرر فيهما ، ولكنه من حق الزوج ، ومشترك بين الزوجين عند الرومان .

والعقود مشروعة في كل منهما لكنها تقوم على الشكلية في الروماني ، بخلاف الفقه الاسلامي ، فانه لا يعرف الشكلية ولا يعترف بها ، لأن أساس التعاقد فيه هو تراضي المتعاقدين ، ولو كان التأثير موجوداً لوجـــد التوافق بينهما ولو في الأنظمة المشتركة بينهما .

وبعد : فتلك مناقشة هادئة مع هؤلاء الزاعمين الذين يريدون قلب الحقائق وتشويهها ، ولو أنصفوا التاريخ ، واعترفوا بالواقع لذهبوا إلى عكس ما يقولون ، وشهدوا بأن الاسلام كان له فضل كبير في نهضـة أوربا بعد القرون الوسطى ، حينما تسربت إليها تعاليم الاسلام من أسبانيا .

ففي أوائل القرن الحادي عشر ذهب « هربرت الفرنسي » مع إخوان له من أنصار العلم والحق يتلقون العلوم في مدارس الأندلس الاسلامية . وفي جملتها الفقه الاسلامي ، وكانوا يترجمون دروسهم إلى لغتهم ، ولما كانت الحقوق عندهم رديئة ، والقوانين ظالمة مشوشة ، فكروا في نقل ما يلائمهم من الفقه الاسلامي ، وأقنعوا ملوكهم بذلك ، وأخـــيراً اتفقوا على ذلك بشرط أن تسمى باسم الشرائع الرومانية . أو القانون المدني ، وأن يعزوه لعلماء الحقوق منهم ، نتيجة لبحثهم لا أنه أخذ من الفقه الاسلامي ، كيلا ينفر المسيحيون المتعصبون لدينهم هكذا قرره المؤرخ الألماني ، موسيهم في تاريخ الكنيسة [1] .

وهذا الكلام — مع خلوه من دقة التعبير — لا يبعـد عن الحقيقة المقررة في

---

(١) راجع بحثاً في هذا الموضوع منشوراً في مجلة الأزهر المجلد الثامن صفحة ٢٦٤ للأستاذ سيد عفيفي .

التاريخ من أن مدارس الأندلس الاسلاميــــة كان لها أكبر الأثر في النهضة الأوربية وبخاصة في فرنسا جارتها الملاصقة .

وليس ببعيد ما نقله الفرنسيون عن الفقه الاسلامي ، وبخاصة الفقه المالـكي عند احتلالهم لمصر بعد الحملة الفرنسية ، ومن يتتبع مواد القانون الفرنسي يجد فيها الشيء الكثير من الموافقة للفقه المالكي .

ولعلك تذكر ما أشرنا إليه أول البحث ، وقدمناه مفصلاً في مقدمـــة الكتاب من اعتراف رجال القانون الغربيين في المؤتمر الدولي للقانون المقارن في دورته الثانية في مدينة لاهاي سنة ١٩٣٧ م من أن الشريعة الاسلامية تعتبر تشريعاً مرناً قابلاً للتطور مستقلاً بذاته ليس مأخوذاً من غيره .

الحيل وموقف الشريعة منها

وقبل أن ننهي هذا القسم من الكتاب نذكر كلمة عن الحيل وموقف الشريعة منها لندفع بها شبهة يضلل بها المغرضون ، فيقولون : إن التحايل على إسقاط الحقوق ، وإبطال الواجبات أصل متبع في الشريعة الإسلامية ، فهي شريعة تحافظ على الرسوم والأشكال بقيت الحقائق معها أم ذهبت . ويستندون في زعمهم هذا إلى حيل نقلت عن طائفة ممن انتسبوا إلى الفقه في عصوره المظلمة فوجهوا عنايتهم الى القشور . وشغلوا بها عن اللباب فنقول وبالله التوفيق .

كلمة الحيلة في أصل وضعها اللغوي تدل على نوع مخصوص من التصرف والعمل الذي يتحول به فاعله من حال الى حال ، ثم غلب استعمالها عرفاً في سلوك الطريق الخفية التي يتوصل بها الرجل إلى حصول غرضه بحيث لا يتفطن له إلا بنوع من الذكاء ، فهذا أخص من موضوعها في الأصل ، وهو أعم من كون المقصود بها أمراً جائزاً أو محرماً .

ثم لما قال رسول الله ﷺ : « لا ترتكبوا ما ارتكب اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل . غلب استعمالها في أمر أخص من ذلك ، وهو التوصل بها إلى الممنوع شرعاً أو عقلاً أو عادة ، وهو قلب الحرام حلالاً فغلب عليها في عرف الناس ذلك . فيقولون : فلان يعلم الناس الحيل أو من أرباب الحيل ، ويريدون المحرمة .

وعرفها الشاطبي في موافقاته : بأنها التسبب في إسقاط الواجب عليه ، أو تحليل الحرام بوجه من وجوه التسبب حتى يصير ذلك الواجب غير واجب

في الظاهر ، والمحرم غير محرم في الظاهر كذلك بحيث لا يسقط ذلك الواجب. أو لا ينقلب ذلك المحرم إلا مع تلك الواسطة مع العلم بأنها لم تشرع له .

فالتحليل يشتمل على مقدمتين :

١ ـ قلب أحكام الأفعال بعضها إلى بعض في ظاهر الأمر .

٢ ـ جعل الأفعال المقصود بها في الشرع معان وسائل إلى قلب تلك الأحكام فهذا ـ كما ترى ـ تعريف للنوع المحرم منها ، لذلك مثل لها بما اتفق على تحريمه كمن شرب الخمر ليغيب عقله لأجل إسقاط الصلاة بعد ما وجبت عليه بدخول وقتها ، ومن ينشىء سفراً إذا دخل عليه رمضان ليفطر .

حكمها في الشريعة : من يستعرض نصوص الشريعة يجد فيها بعض النصوص تنهي عن الحيل وتحرمها ، وتشدد النكير على فاعلها ، كالحديث السابق : « لا ترتكبوا ما ارتكب اليهود » ، كما يجد منها ما يفيد مشروعية بعض الحيل .

ففي قصة أيوب عليه السلام « وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحنث إنا وجدناه صابراً نعم العبد إنه أواب[1] » فقد أرشده الله إلى طريقة يخرج بها من يمينه . وهو مما ينطوي تحت اسم الحيل .

ولقد ثبت أن رجلاً زنى على عهد رسول الله ، وكان ضعيفاً فأمر رسول الله بأن يضرب بعسقال به مائة شمراخ ضربة واحدة .

كما ثبت أن رسول الله أقر بعض الصحابة على ما فعلوا من هذا النوع ، من ذلك أن عبد الله بن رواحة واقع جاريته ، فلما رأته زوجته ثارت عليه ، وذهبت فأتت بسكين بعد أن قضى حاجته ، فقالت : لو وجدتك على الحال

---

(١) سورة ص ٤٤ .

التي كنت عليها لو حاتك ، فأنكر ، فقالت : فاقرأ إن كنت صادقاً ، فقال :

شهدت بأن وعد الله حق ... وأن النار مثوى الكافرينا
وأن العرش فوق الماء طاف ... وفوق العرش رب العالمينا
وتحمله ملائكة شداد ... ملائكة الإله مسومينا

فقالت : آمنت بكتاب الله وكذبت بصري ، فبلغ النبي صلى الله عليه وسلم فضحك ولم ينكر عليه .

وهذا تحايل بإظهار القراءة لما أوهم أنه قرآن ليتخلص من مكروه الغيرة .

ومن هنا قرر العلماء أن الحيل نوعان نوع ممنوع ، وآخر غير ممنوع ، ولكن ما هو الحد الفاصل بين النوعين ؟

لم يرد في الشرع تحديد لذلك فاجتهد العلماء فيه ، ونقلت عنهم عبارات متقاربة في هذا المعنى .

فالإمام محمد بن الحسن تلميذ أبي حنيفة يقول [١] : « ما احتال به المسلم حتى يتخلص به من الحرام ، أو يتوصل به إلى الحلال فلا بأس ، وما احتال به حتى يبطل حقاً أو يحق باطلاً . أو ليدخل به شبهة في حق مكروه » ، والمكروه عنده قريب من الحرام .

ويقول الحموي في شرحه للأشباه والنظائر : الحيلة الجائزة ما تكون مخلصاً

---

(١) جاء ذلك في مقدمة كتاب الحيل للخصاف ، وفي مبسوط السرخسي في أوائل الكلام على الحيل ج ٣٠ ص ٢١٠ وعبارته ، فالحاصل أن ما يتخلص به الرجل من الحرام أو يتوسل به إلى الحلال من الحيل فهو حسن وإنما يكره ذلك أن يحتال في حق الرجل حتى يبطله أو في باطل حتى يموهه أو في حق حتى يدخل فيه شبهة فما كان على هذا السبيل فهو مكروه وما كان على السبيل الذي قلنا أولاً فلا بأس به » اهـ .

شرعياً لمن ابتلي بحادثة دينية .

ومع هذا التحديد وقع الاشتباه في بعض الحيل، أهي من النوع المباح شرعاً أم من النوع المحرم ؟

ولهذا قسم صاحب إعلام الموقعين الحيل ثلاثة أقسام :

١ – باطل بالاتفاق كحيل المنافقين والمرائين وما شاكل ذلك .

٢ – جائز بالاتفاق كالنطق بكلمة الكفر إكراهاً عليها .

٣ – مختلف في جوازه بين الأئمة وسبب الاختلاف وجود الشبه فيه للقسمين السابقين ، وعدم دليل يلحقه بأحدهما ، فمن أجازه نظر إلى أنه غير مخالف للمصلحة التي وضعت لها الشريعة ، ومن منعه نظر إلى مخالفته لها ، ولا يصح أن يقال : إن من أجازه فعله وهو يعلم أنه مخالف لوضع الشريعة ، لأن هذا مصادمة للشارع . وهو لا يصح من مسلم عامي فضلاً عن إمام مجتهد ، بل هو أجازه بناء على تحري قصده . وأن هذا لاحق بقسم التحيل الجائز ، وكذلك المانع لم يمنعه مقراً بموافقته لقصد الشارع . وإنما منعه بعد أن ظهر له أنه من القسم الممنوع . مثال ذلك نكاح المحلل .

ثم خلص من هذا التقسيم إلى تقرير ضابط قريب مما سبق قال فيه : « الحيل الباطلة هي ما هدمت أصلاً شرعياً أو ناقضت مصلحة شرعية . وما عدا ذلك فجائز بالاتفاق أو مختلف فيه » .

موقف الأئمة منها : أخذ بمبدأ الحيل الإمام أبو حنيفة . وأكثر ما روي عنه منها كان في باب الأيمان والطلاق لما رأى تفنن أهل العراق في تلك الأيمان فيضطر المحلوف عليه إلى طريق يخلص منه .

ولم ينقل عن الأئمة الثلاثة شيء من ذلك بعنوان الحيل ، وإن كان في فروعهم ما ينطبق عليه حد الحيلة ، ولا شك في أن ما أجازه أبو حنيفة ليس من النوع المنافي لمقاصد الشارع .

ولكن بعض الأتباع أخذوا هذا القدر وجعلوه مبدأ عاماً طبقوه في كل أبواب الفقه تخريجاً على أصول الإمام ، فبعد أن كان علاجاً للخروج من مآزق الأيمان أصبح معولاً يهدم به صرح الشريعة ، وينقض بناءها حجراً بعد حجر . وإنك لتجد العجب العجاب من حيل هؤلاء المتأخرين الذين اتخذوا من ذلك طريقاً لشحذ الأذهان ، ففرضوا المسائل والتحايل فيها ، حتى تحايلوا على ضياع الحقوق . وإسقاط الواجبات ، وارتكاب المحرمات ، فيفتون المرأة التي تريد الخروج من عصمة زوجها بأن ترتد عن الإسلام ، أو تفعل مع ابنه من غيرها – إن وجد – فعلا شائناً كي تحرم عليه وأمثال ذلك ، ولو علم الأئمة بأنها ستستغل هذا الاستغلال السيء لما فعلوا شيئاً منها .

يقول ابن القيم في إعلام الموقعين[1] : والمتأخرون أحدثوا حيلاً لم يصح القول بها عن أحد من الأئمة نسبوها إلى الأئمة ، وهم مخطئون في نسبتها إليهم ، ولهم مع الأئمة موقف بين يدي الله عز وجل ، ومن عرف سيرة الشافعي وفضله ومكانته في الإسلام علم أنه لم يكن معروفاً بفعل الحيل ، ولا بالدلالة عليها ، ولا كان يشير على مسلم بها ، وأكثر الحيل التي ذكرها المتأخرون المنتسبون إلى مذهبه من تصرفاتهم .

وإن كان رحمه الله تعالى يجري العقود على ظاهرها ، ولا ينظر إلى قصد العاقد ونيته ، فحاشاه أن يأمر الناس بالكذب والخداع والمكر والاحتيال وما لا حقيقة له ، بل ما يتيقن أن باطنه خلاف ظاهره . ولا يظن بمن دون الشافعي

---

(١) ج ٣ ص ٦٣٦ وما بعدها .

من أهل العلم والدين أنه يأمر أو يبيح ذلك ، فالفرق ظاهر بين أن لا يعتبر القصد في العقد ويجريه على ظاهره وبين أن يسوغ عقداً علم بناءه على المكر والخداع وقد علم أن باطنه خلاف ظاهره . فوالله ما سوغ الشافعي ولا إمام من الأئمة هذا العقد قط ، ومن نسب ذلك إليهم فهم خصماؤه عند الله ، فالذي سوغه الأئمة بمنزلة الحاكم يجري الأحكام على ظاهر عدالة الشهود وإن كانوا في الباطن شهداء زور ، والذي سوغه أصحاب الحيل بمنزلة الحاكم يعلم أنهم في الباطن شهود زور كذبة وأن ما شهدوا به لا حقيقة له ثم يحكم بظاهر عدالتهم .

وهكذا في مسألة العينة إنما جوز الشافعي أن يبيع السلعة ممن اشتراها منه جرياً على ظاهر عقود المسلمين وسلامتها من المكر والخداع ، ولو قيل للشافعي إن المتعاقدين قد تواطأ على ألف بألف ومائتين وتراوضا على ذلك وجعلا السلعة محللا للربا لم يجوز ذلك ولأنكره غاية الإنكار .

وقال استاذه ابن تيمية من قبله: «دب هذا الداء إلى كثير من فقهاء الطوائف حتى أن بعض أتباع الإمام أحمد الذي كان من أبعد الناس عن هذه الحيل تلطخوا بها فأدخلها بعضهم في الإيمان ، وكثر ذلك من بعض المنتسبين إلى الشافعي وتوسع بعض أصحاب أبي حنيفة فيها توسعاً تدل أصول أبي حنيفة على خلافه وحتى صار من يفتى كأنه يعلم الناس فاتحة الكلام أو صفة الصلاة لا يبين للمستفتى أنها مكروهة بالاتفاق وأنها محرمة عند كثير من العلماء بل أكثرهم »

ومن يتتبع تلك الحيل المنقولة عنهم يجدها صادرة إما عن جهل بأسرار التشريع وحكمه التي لا يعلمها إلا الله والراسخون في العلم ، وإما لأنه أخطأ الصواب وظن أنه مصيب .

متى نشأت الحيل ؟ : نرى فريقاً ممن عاب أرباب الحيل يطعنون على أبي حنيفة ، ويقولون : إنه أول من أنشأ الحيل ، وسموه إمام أهل الحيل ، كما

سموه إمام أهل الرأي ، وهذا غير صحيح ، لأن الحيل كانت موجودة من قبله عند شيخه حماد،ومن قبله إبراهيم النخعي،وقد روى أبو حنيفة نفسه الأحاديث المبيحة لها عنهم ومن طريقهم ، غاية الأمر أنه توسع فيها فنسبت اليه، كما نسب اليه العمل بالرأي مع أنه كان موجوداً من قبل .

والخصاف في كتابه الحيل[1] يروى عن ابراهيم النخعى عدة حيل أفتى بها في باب الأيمان ، وكذلك ينقل عن الحسن البصري وابن سيرين أنهما أجازا بعض الحيل ، وأقرا الفاعل عليها .

وكما نسبوا إلى أبي حنيفة انه أول من عمل بالحيل نسبوا اليه كتاباً فيها كان موضع ذم العلماء ، كما فعل الخطيب البغدادي في تاريخ بغداد[2] .

وهذه النسبة خطأ ، والخطيب نفسه تناقض في كلامه ، فبينما يروى عن ابن المبارك انه قال : « من كان عنده كتاب أبي حنيفة في الحيل يفتي به فقد أحل ما حرم الله ، إذ يروي في موضع آخر أن ابن المبارك أخذ الفقه عن أبي حنيفة، وأنه كان يحسن القول فيه .

فكيف توفق بين هاتين المقالتين ، وكيف يعقل ان ابن المبارك يأخذ فقهاً عن رجل يعتقد أنه يحل ما حرم الله ، ويحرم ما أحله الله بالحيل ؟ !

وأول كتاب وصلنا من كتب الحنفية في الحيل هو كتاب الخصاف المتوفي سنة ٢٦١هـ .

وهذا الكتاب مشتمل على حيل في معظم أبواب الفقه من المعاملات . ولم يذكر في غيرها إلا بعض مسائل في كتابي الزكاة والزواج .

---

(١) ١ ص ، ص ١١ (٢) جـ ١٣ في ترجمة أبي حنيفة .

والكتاب يدلنا على ان الحيل بعد عصر أبي حنيفة سارت بخطوات واسعة لأنها في قرن واحد من الزمان من ١٥٠ – ٢٦١ خرجت من باب الإيمان والطلاق إلى جميع أبواب المعاملات .

ولما ازداد التنافس بين الفقهاء خاصة الحنفية والشافعية دخل الشافعية هذا الباب حباً في الظهور أمام الحكام والناس من جهة ، والرغبة في الدنيا من جهة أخرى فألفوا فيها ، ولكنه كان عملاً تقليدياً غلب عليه التكلف في كل مسائله .

من هذه الكلمة العاجلة نعلم أن الحيل الباطلة التي قيل إنها أصل أصيل في الفقه الإسلامي لا أصل لها في شرع الله ، وأن أئمة الإسلام منها براء ، وأنها لم توجد إلا ثمرة من ثمرات التقليد البغيض .

وأن الداعين إليها والعاملين بها لم يفهموا روح الشريعة ، ولم يقفوا على أسرارها ، وأنها جاءت لتحقيق المصالح للناس ، ودفع المفاسد عنهم من غير عنت ولا إرهاق .

وبعد : فهذه لمحات خاطفة عن حياة هذا الفقه الخالد ، عرفنا منه نشأته ، وكيف تدرج في مدارج النمو حتى وصل إلى القمة التي لم يصل اليها ، بل لم يقاربها فقه آخر ، ثم بدأ ينزل من قمته العالية شيئاً فشيئاً متجهاً نحو منحدر بعيد الغور على أيدي رجاله المتأخرين الذين تسلموا هذه الأمانة ممن سبقهم من المتقدمين ، فلم يحسنوا القيام عليها فساروا بها في طريق آخر متعرج غير مستقيم ، طريق التقليد والوقوف عند كلام المجتهدين ، وليتهم وقفوا عند العمل به ولكنهم تجاوزوه إلى سلوك طريق آخر مليء بالأشواك والعثرات طريق التعصب لتلك الأقوال ، والدفاع عنها ، كأنها دين يجب الوقوف عند حدوده .

فنتج عن ذلك توقف هذا الفقه – الذي وقفوا عنده – عن الاستجابة لما

تتطلبه مشاكل الحياة من حلول ، مما جعل الفقه الأجنبي يدخل مصرنا وغيرها من البلدان الإسلامية على حين غفلة من أهلها مع المستعمر الغاصب، ويرفع رايته على ربوع تلك البلاد ، فتصبح له الكلمة النافذة بين عشية وضحاها بعد أن نحى الفقه الإسلامي عن منصة القضاء إلا في مسائل قليلة أبقى العمل بها لما لها من ارتباط وثيق بدين الدولة الرسمي ، ثم توالت السنون والمشتغلون بالقانون في مصر يعملون جاهدين على تمصيره فعدلوه غير مرة . ولكن هذه التعديلات على كثرتها لم تغير من سحنته الأجنبية . ولا طبيعته الفرنسية . بل ظل كما قال الدكتور السنهوري في وسيطه : « لا يزال الفقه المصري يتلمس في الفقه الفرنسي الهادي المرشد لا يكاد يتزحزح عن أفقه أو ينحرف عن مسراه فهو ظله اللاصق وتابعه الأمين » .

ولما تقدم الوعي القومي ، وهب الناس مطالبين بالتخلص من الاحتلال الأجنبي في شتى مظاهره ، وتتابع اعتراف فقهاء الغرب في مؤتمراتهم العامة . بأن الفقه الأسلامي له قيمة حقوقية لا تقل عما في غيره من أحدث القوانين وأعرقها ، وأنه مستقل بذاته ليس مأخوذاً من غيره كل ذلك لفت نظر رجال القانون عندنا إلى ما في هذا الفقه من مزايا ، فيمموا نحوه باحثين وآخذين . فوضعت فيه رسائل عديدة مقارنة بينه وبين القوانين الأخرى « الوضعية » وضعها طلاب الدراسات العليا في الحقوق ، وأخذت منه أحكام كثيرة طعم بها القانون المدني الجديد ، ثم جعل مصدراً رسمياً من مصادره كما نبهنا إلى ذلك من قبل .

واشتغل بدراسته ـ دراسة واسعة ـ بعض رجال القانون ، فكان من نتيجة تعمقهم في البحث فيه أن وقفوا بأنفسهم على ما في هذه الشريعة من مبادىء ونظريات لا تقل عما في أحدث القوانين ، وأعلنوا ذلك في صراحة .

يقول الحقوقي الكبير الدكتور السنهوري في بعض مقالاته ما نصه : « ففي

الشريعة عناصر لو تولتها يد الصياغة فأحسنت صياغتها لصنعت منها نظريات ومبادىء لا تقل في الرقي والشمول في مسايرة التطور عن أخطر النظريات الفقهية التي تتلقاها اليوم عن الفقه الغربي الحديث » .

بقيت وراء هذا وذاك أمنية تتردد في النفوس لا في نفوس المصريين فحسب . بل في نفوس العرب جميعاً . هذه الأمنية هي أن يصبح الفقه الإسلامي المصدر الأول للقانون السائد ، وليس ببعيد أن تتحقق تلك الأمنية لأننا سائرون في طريق التوحيد، وسيكون ـ بإذن الله ـ توحيد القانون عنصراً هاماً من عناصر تلك الوحدة أن تحقق قبلها ، وقد يجيء مدعماً لها إذا جاء بعد تحققها .

هذه أمنية غالية ، والأماني لا تتحقق إلا بالعمل . فماذا نحن فاعلون لكي نبلغ ما نريد ؟

هذه أمنية الكثرة الغالبة مع أنه لا يزال يوجد بين الناس من يظن بل يعتقد أن الفقه الإسلامي لا يصلح للعمل به الآن ، ولا يستطيع مسايرة هذه المدنيات المختلفة

ونحن ننبه إلى أن هذا الظن ناشىء إما عن أن صاحبه ينظر إلى هذا الفقه ممثلاً في مذهب معين من المذاهب التي كان يعمل بها إلى وقت قريب ، فيرى فيه ضيقاً وحرجاً في بعض فروعه . أو ينظر إليه نظرة أوسع من تلك. فينظر اليه ممثلاً في مجموعة المذاهب، لكنه مع هذا يعتقد أن تلك الأحكام المنقولة فيها لازمة لا تقبل التعديل ولا التغيير . كما اعتقد ذلك من قبله البسطاء ممن انتسبوا إلى هذا الفقه من المقلدين .

وقد قلنا غير مرة: إن هذا الفقه بمذاهبه العديدة مليء بالحلول والمبادىء التي لا تقف أمام الأحداث على كثرتها ، وأن ما لا نجده في مذهب نجده في مذهب غيره وما نجده مضيقاً في واحد منها نجده موسعاً في غيره .

وأن الأحكام الاجتهادية التي نقلت عن الأئمة وأتباعهم قابلة للتغيير والتعديل كلما جدت الحاجة إلى ذلك ، وأنها لم توضع لتكون طوقاً نطوق به أعناقنا إلى يوم يبعثون . بل إن الوقوف عندها أبداً ضلال في الدين . ومخـالفه لطريقة السلف الماضين . كما قال الإمام القرافي : « والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين » .

وأن أصول الشريعة العامة تجعلنا في حل من كل ما يوقعنا في الحرج . أو يلحق بنا الضرر الشديد .

وأن باب الاجتهاد لا يزال مفتوحاً للسالكين الذين تأهلوا له ، وهم أصحاب الملكات الفقهية الممتازة لا كل من يدعى أنه فقيه من أولئك الذين لم يزالوا في أول الطريق يحبون حبواً على أيديهم وأرجلهم ، فإن هؤلاء أضر على الفقـه من أعدائه .

ومن هنا نستطيع أخذ قانون عام من هذه الموسوعات التي خلفتها المذاهب العديدة نأخذ منها ما يلائم العصر الذي نعيش فيه ، فإن لم يوجد فبالاجتهاد الجماعي ، لأن الاجتهاد الفردي غير مأمون العاقبة في هذا العمل الخطير .

الاجتهاد الجماعي الذي يشير إليه حديث [١] يروى في هـذا الموضوع وهو ما رواه مالك بن أنس بسنده إلى علي بن أبي طالب كرم الله وجهه أنه قـال : قلت يا رسول الله الأمر ينزل بنا لم ينزل فيـه قرآن . ولم تمض فيه منك سنة ،

---

(١) إعلام الموقعين ج ١ ص ٧٤ وهـذا الحديث وإن قيل فيه إنه غريب إلا أن معناه صحيح تؤيده النصوص القطعية من القرآن « وشاورهم في الأمر » ، « وأمرهم شورى بينهم » . وفعل الخلفـاء الراشدين موافق له ، فإنهم كانوا إذا نزل الأمر كذلك جمعوا له أهل الشورى وتباحثوا فيه ولم يستبد واحد منهم برأيه .

قال : « أجمعوا له العالمين من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم ولا تقضوا فيه برأي واحد » .

والسبيل إلى ذلك أن يؤلف من رجال الفقه الاسلامي الذين يمثلون المذاهب المختلفة جماعة على هيئة مؤتمر لا يقتصر فيه على فقهاء قطر بعينه . بل يشترك فيه بعض الفقهاء النابهين من كل دولة ترغب في ذلك ، ويوكل إليهم التحضير لهذا المشروع بعد أن توفر لهم الوسائل ويعاونهم في ذلك جمهرة من رجال القانون الذين مرنوا على الصياغة .

فإذا تم ذلك تحت إشراف الدولة ورعايتها أمكن لهؤلاء للقيام بهذه المهمة .

قد يقال : إن هذا عمل يحتاج إلى السنين الطوال ، وقد تعترضه عقبات يقف عندها ، مع ما فيه من هدم لصرح قانون شيده الفقهاء في أكثر من سبعين عاماً . وفوق ذلك كله فإنه يحدث هزة عنيفة في الوسط القانوني واضطرابا فيه

وهذه في الواقع تشكيكات لا تقف حاجزاً بيننا وبين هذا العمل الجليل ، لأن طول الزمن لا يمنع من الإقدام على أي عمل ، حيث إن الأعمال – وبخاصة العظيم منها – لا تتم في يوم وليلة ، بل تحتاج إلى صبر وأناة ، وأما العقبات المزعومة فلا أثر لها متى صحت النيات وصدقت العزائم ، وأما الهدم فإننا لا نريده ولا نقصده . بل غرضنا أن نجعل المصدر الأول لقانوننا الفقه الإسلامي الذي نزل الوحي بقواعده وأصوله . ثم امتدت فروعه وأينعت ثماره في بلاد الشرق على أيدي فقهاء شرقيين عاشوا في الشرق وراعوا عاداته وتقاليده ، فهو الذي يلائم بيئتنا الشرقية دون سواه [1] وليس كل ما جاءت به القوانين الأخرى يأباه

(١) يقول الدكتور السنهوري في مقال له بمجلة القانون والاقتصاد من السنة السادسة في هذا الشأن ما نصه . « واستفاء تشريعنا بقدر الامكان من مصدر الشريعة الاسلامية عمل يتفق مع=

الفقه الإسلامي ولا يقره ، بل قـد تتفق معه في الكثير من مبادئه ونظرياته ، وكيف لا تتفق معه وقد أخذت منه الكثير إبان ازدهاره في بلاد الأندلس وفي حملة نابليون على مصر ! ؟

فالكثير من هذه القوانين شرقي إسلامي الأصل ، ولكنهم صاغوه وصبغوه بصبغة غربية ثم صدوره إلينا على أنه غربي المولد والنشأة ! .

إننا إذا اتجهنا ، وقصدنا التعديل فقط حتى يتفق مع الفقه الإسلامي تفادينا الهزات والاضطرابات ، وتمكنا من أن نحصر ما يترك من القوانين القائمـــة في أضيق نطاق ، فنترك منهـــا ما خالف النصوص القطعية في الإسلام أو ناقض قواعده وأصوله . وما عدا ذلك فلا يعدم أن يوجـــد له نظير في مذهب من المذاهب ،فإن لم يوجد فإنه يدخل الفقه الاسلامي من باب المصالح أو الاستحسان ، أو العرف كما سبق تقريره .

ومن هنا يصبح عمل المؤتمر تعديلاً للأسس والمبادىء لا الإنشاء والصياغة من أوله إلى آخره ، وحينئذ لا تكون المهمة شاقة فوق الطاقة ، ولا عسيرة غير ممكنة كما يتصورها البعض ، بل تكون سهلة ميسورة يستطاع البدء فيها ، ولا ولا ينتظر بها حتى نعيد عرض الفقه الإسلامي عرضاً حديثاً كما يقترح البعض أو تطويره كما يقول الآخرون .

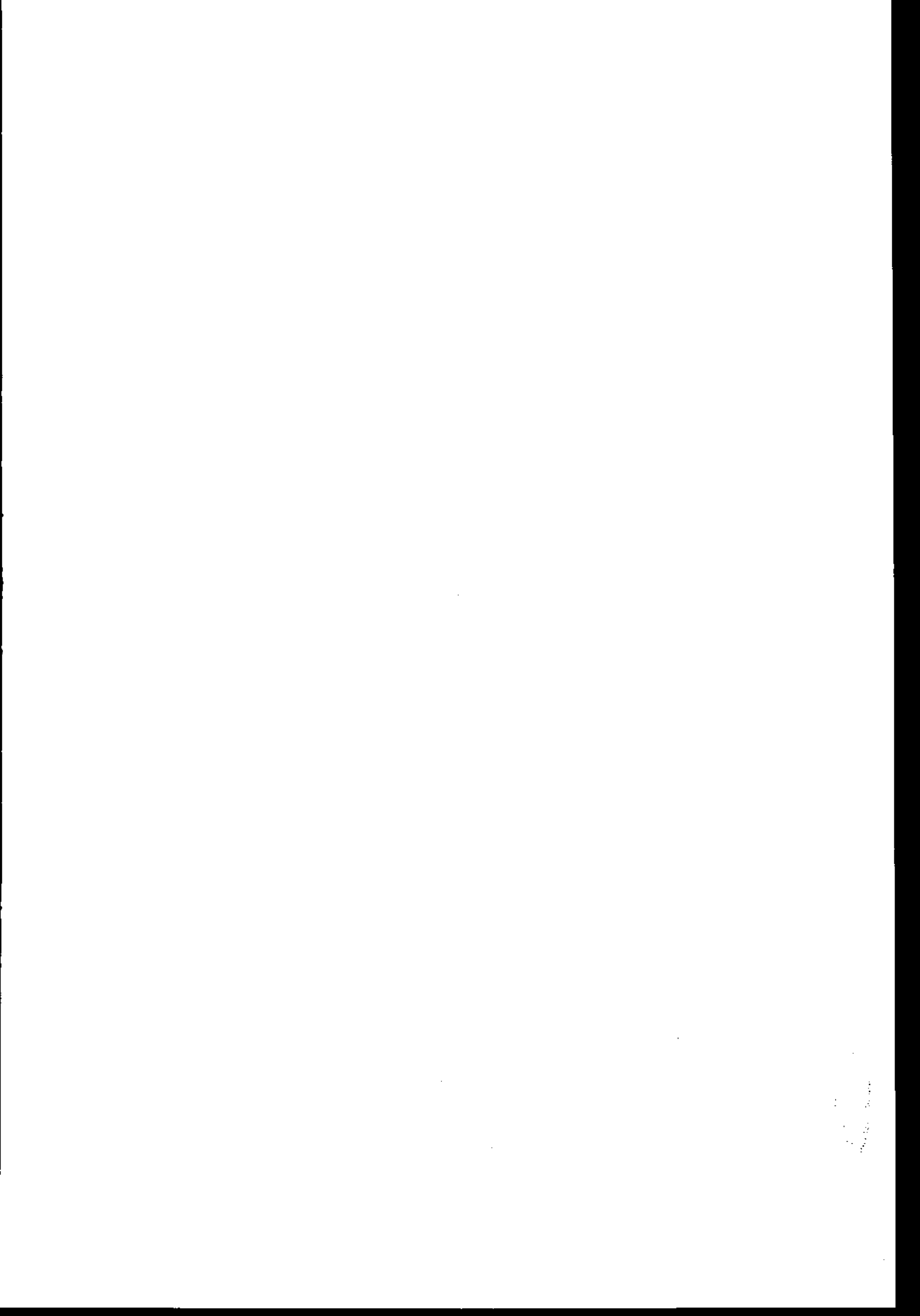
لأن هذا العرض أو التطوير إن لم يقم به جماعة منظمة تحت إشراف الدولة يكون الأمـــل في تحققه ضعيفاً ، أو يحتاج إلى زمن طويل لا يعلم مداه إلا علام الغيوب .

=تقاليدنا القانونية القديمة . ويستقيم مع النظر الصحيح من أن القانون لا يخلق خلقاً، بل ينمو ويتطور ويتصل حاضره بماضيه » وقد صرح في موضع آخر : « بأن الشريعة الاسلامية بحالتها الموجودة ـ من غير تجديد فيها ـ صالحة لأن تكون مصدراً للتقنين » .

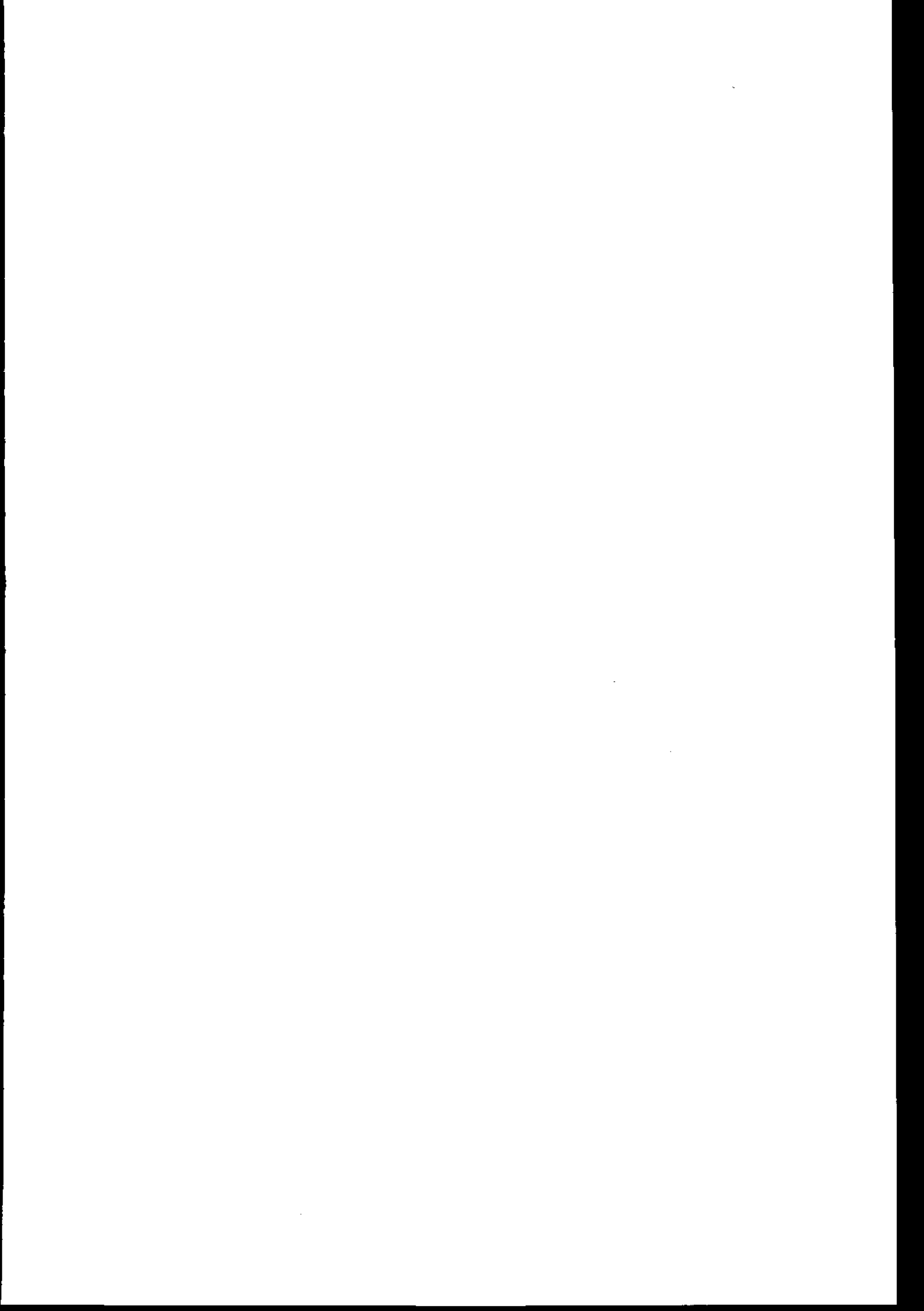
هذا وقد تحقق الجزء الأول من هذا الرجاء.فتكون في الأزهر مجمع البحوث الاسلامية وحل محل جماعة كبار العلماء وروعي في تشكيله أن يضم علماء من جميع الأقطار الاسلامية كما يضم علماء من غير الفقهاء .

والوحدة بين الدول العربية تسير في طريقها المستقيم ، وهي إذا تحققت فلا بد لها من توحيد القوانين ، ولا يعقل أن نلجأ إلى "قوانين الأجنبية ونحن نحارب الاستعمار بجميع أشكاله ، ولن يتم لنا النصر عليه إلا اذا اتجهنا إلى شريعة الله نستمد منها هذا القانون الموحد .

وسيكون ذلك بإذن الله ..



القسم الثاني



تمهيـــد

يقولون : إن الفقه الاسلامي بني على الجزئيات ، فهو عبارة عن مجموعـات من الأحكام مأخوذة بالاجتهاد من المصادر التي يستقى منها ، أو بالتخريج على طريقة الأئمة ، فما هو إلا حلول جزئية للاحكام ، وان الفقهاء المسلمين لم يدونوا الفقه على هيئة نظريات عامـــة وقواعد كلية ، كما هو موجود في فقه القوانين الوضعية ، وهذا يجعل الاستفادة منه قليلة بل عسيرة ، فإن الباحث في محيط الاحكام الجزئية المبعثرة هنا وهناك يسير في طريق متشعب المسالك .

والفقه الأجنبي وإن كان في أول [١] أمره بني على الجزئيات إلا أن رجاله قعدوه وصاغوه على هيئة نظريات ، فكانت دراسته مجدية لسهولة تطبيقه على من عقل تلك النظريات .

ونحن نقرر أن رجال الفقه الاسلامي لم يهملوا ناحية التقعيد ، بل أقول : إن فقهاء العصور الأولى « وهم المجتهدون » كان عمادهم في الاستنباط في غالب الأحوال هو القواعد العامــة . فكل فقيه من هـؤلاء كان يستعرض النصوص الواردة في نوع واحد من الأحكام ، وبعد معرفة ناسخها ومنسوخها ، وعامها وخاصها ، ومطلقها ومقيدها يستخلص منهـا قاعدة عامة يطبقها على الوقائـــع الجزئية ، حتى أن بعضهم كان يحكم هذه القواعد فيما يروى له من الأحاديث . كما روى عن أبي حنيفة ، ثم إنهم عند تطبيق هذه القواعد قد يجد الواحد منهم أن تطبيق قاعدة بذاتها في موضع معين يترتب عليه حرج ومشقة فيعدل عن

(١) راجع أصول القوانين للدكتورين السنهوري وحشمت أبي ستيت ص ١٣٣

هذا التطبيق ويلجأ إلى قاعدة أخرى يطبقها، ومن هنا نشأت قاعدة الاستحسان الذي عمل به الحنفية والمالكية بصورة واضحة ، وقاعـــدة رفع الحرج ودفع الحاجة عند غيرهم .

كانت هـذه القواعد تسمى بالقياس أحياناً ، ولذلك وردت كلمة على وفق القياس ، وعلى خلاف القياس في كلامهم كثيراً .

ولو كان هؤلاء الأئمة دونوا قواعدهم تلك لكان الفقه الإسلامي الآن وقبـل الآن في غنى عن دفاع أهله عنه ، ودفع شبه الطاعنين فيه ، على أن لهؤلاء الأئمة قواعد من نوع آخر ، هي قواعد الاستنباط ، فكل إمام له طريقة في الاجتهاد قد تختلف عن طريقة غيره في بعض نواحيها .

وهذا النوع من القواعد بدأ تدوينه في عصر الأئمة ، وهو الذي سمي فيما بعد بأصول الفقه . بدأه الإمام الشافعي ، وتبعه الإمام أحمد بن حنبل ، ثم الفقهـاء أتباع الأئمة من بعدهما تابعوهما في ذلك حتى كمل بناؤه ، وأصبح ميزة من مميزات الفقه الإسلامي

إذاً كان في الفقه الإسلامي نوعان من القواعد . قواعد الاستنباط ، وقواعد أخرى عبارة عن أصول ومبادىء كلية تصاغ في نصوص موجزة تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها .

ولقد صرح بذلك الإمام القرافي المالكي المتوفي سنة ٦٨٤ هـ في مقدمة كتاب الفروق فقـــال : « إن الشريعة المحمدية اشتملت على أصول وفروع . وأصولها قسمان . أحدهما المسمى بأصول الفقه ، وهو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة من الألفاظ العربية خاصة . وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح ونحو الأمر للوجوب ، والنهي للتحريم . الخ .

والقسم الثاني قواعد كليـة فقهية جليلة كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على

أسرار الشرع وحكمه لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى، ولم يذكر منها شيء في أصول الفقه ، وإن كان يشار إليها هناك على سبيل الاجمال ويبقى تفصيله لم يتحصل . وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع ، وبقدر الإحاطة بهـا يعظم قدر الفقيه ويشرف ، ويظهر رونق الفقه ويعرف ، ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تتناهي ، ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندماجها في الكليات واتحد عنده مـــا تناقض عند غيره وتناسب»[1].

فهذا اعتراف منه بأن تعقيد القواعد يسهل عمل الفقيه ، وأن الاشتغـال به أعظم فائدة من الاشتغال بالفروع الجزئية .

وليس هو أول من حاول استنباط القواعد بل لقـد سبقه إلى هذه المحاولة شيخه عز الدين بن عبد السلام الشافعي المتوفي سنة ٦٦٠ هـ في كتابه « قواعد الأحكام في مصالح الأنام » .

ثم جاء بعدهما عبد الرحمن بن رجب الحنبلي المتوفي سنة ٧٩٥ هـ فألف كتابه القواعد ، ثم يجيء من بعـــد هؤلاء التاج السبكي والجلال السيوطي الشافعيان ويؤلف كل منهما كتابه « الأشباه والنظائر » .

ولا يفهم من هذا أن محاولة التقعيد لم تبدأ إلا في القرن السابع ، بل إنهـا بدأت قبـــل ذلك بعدة قرون ، بدأها فقهـــاء الحنفية من أوائل القرن

---

(١) ثم أبان أنه وضع قواعد مفرقة في كتابه الذخيرة ، ثم أراد جمعها والزيادة عليها في كتاب خاص سماه « أنوار البروق في أنواء الفروق » وأخبر أنه جمع فيـــه من القواعد خمسمائة وثمانية وأربعين قاعدة ، وله كتاب آخر سماه « كتاب الأحكام في الفرق بين الفتاوى والأحكام وتصرف القاضي والامام » ذكر فيه أربعين مسألة جامعة لأسرار هذه الفروق ، وكلا الكتابين مطبوع .

الرابع [1] .

وأول من فعل ذلك – فيما نعلم – أبو طاهر الدباس – جمع منها سبع عشرة قاعدة . منها : الضرر يزال، واليقين لا يزول بالشك ، والعادة محكمة ، والمشقة تجلب التيسير .

ولما علم بذلك أبو الحسن الكرخي ، وكان معاصراً له « ولد سنة ٢٦٠ هـ ، وتوفي سنة ٣٤٠ هـ » . أخذها عنه ، وزاد عليها فألف رسالته في الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية ، ولم يذكر أمثلتها حتى جاء الإمام نجم الدين عمر النسفي المتوفي سنة ٥٣٧ هـ ، وذكر أمثلتها وشواهدها وفيها تسعة وتسعون أصلا . من ذلك :

« إن تعليق الأملاك بالأخطار باطل ، وتعليق زوالها بالأخطار جائز » [2].

« إن الشيء يعتبر ما لم يعد على موضوعه بالنقض والإبطال » [3] .

« الظاهر يدفع الاستحقاق ولا يوجب الاستحقاق » [4] .

---

(١) ولو قلنا إنها بدأت في أواخر القرن الثالث لما بعدنا عن الحقيقة ، فإن أبا طاهر الدباس ممن عاش في القرنين الثالث والرابع .

(٢) فلو قال شخص لآخر : إن دخلت الدار فقد وهبتك هذا الشيء ، وقال الآخر : قبلت لا يصح ولا يثبت الملك عند وجود الشرط بخلاف ما إذا قال لامرأته : إن فعلت كذا فأنت طالق فإنه يصح التعليق ويقع الطلاق عند تحقق الشرط .

(٣) من مسائله أن العبد المحجور إذا أجر نفسه مدة معلومة للعمل لم تصح دفعاً للضرر عن المولى ، ولو قضينا بفسادها بعد مضي المدة وتمام العمل كان إضراراً بالمولى بتعطيل منافع عبده بغير بدل فكان دفع الضرر هنا في تصحيحها ، إذ لو قضينا بفسادها لم يكن دفعاً للضرر بل يكون تحقيقاً لضرر فيعود النظر ضرراً .

(٤) من مسائله : إن من كان في يده دار فجاء رجل يدعيها فظاهر يده يدفع استحقاق المدعي حتى لا يقضي له الا بالبينة ولو بيعت دار بجنب هذه الدار فأراد اخذ الدار المبيعة بالشفعة بسبب الجوار لهذه الدار فأنكر المدعى عليه ان تكون هذه الدار التي في يده مملوكة له فإنه ظاهر لا يستحق الشفعة ما لم يثبت ان هذه الدار ملكه .

ثم جاء أبو زيد الدبوسي ، وهو عبيد الله بن عمر بن عيسى المتوفى سنة ٤٣٠ هـ (الدبوسي نسبة إلى دبوسية قرية بسمرقند) وألف كتابه تأسيس النظر [١] ، وقد قسمه على ثمانية أقسام . جعل كل قسم منها خاصاً بالأصول التي عليها مدار الخلاف بين إمامين من الأئمة ، فيقول مثلاً :

القسم الأول في الأصول التي عليها مدار الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه .

القسم الثاني في الأصول التي عليها مدار الخلاف بين أبي يوسف ومحمد .

والكتاب مشتمل على ست وثمانين قاعدة ، ثم تتابع الزمن حتى جاء في القرن العاشر زين العابدين بن نجيم المصري المتوفى سنة ٩٧٠ هـ ، وألف كتابه الأشباه والنظائر . جمع فيه خمساً وعشرين قاعدة وجعلها نوعين ، قواعد أساسية وهي ستة ، وباقيها أقل منها اتساعاً وهي تسع عشرة قاعدة .

ثم جاء بعد هؤلاء فقهاء في عهد الدولة العثمانية وألفوا كتباً أخرى في هذا النوع ، ومنهم أصحاب المجلة العدلية الذين أخذوا مما دون قبلهم تسعاً وتسعين قاعدة وضعوها في أول المجلة .

وأخيراً يقول عالم من علماء الحنابلة توفي في مبدأ هذا القرن الهجري ، وهو الشيخ محمد حسن الشطي المولود في دمشق سنة ١٢٤٨ هـ ، والمتوفى سنة ١٣٠٧ هـ يقول في مقدمة [٢] توفيق المراد النظامية لأحكام الشريعة المحمدية : « إن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة ، وقد أوصلها فقهاء الحنابلة إلى نحو ثمانمائة قاعدة » اهـ .

هذه خطوات خطاها فقهاء الشريعة في هذا الطريق ، وهي محاولات موفقة

---

(١) كتاب تأسيس النظر مطبوع ومعه رسالة الكرخي .

(٢) ص ٩ ، ص ٨٤ وهذه المقدمة اشتملت على مائتي مادة وهي مطبوعة بمصر .

إلى حد ما ، لأنها محاولات فردية ، ولأن ما في هذه الكتب لا يعتبر كله قواعد بالمعنى الصحيح .

ثم إنهم وإن اعتبروا مقصرين في هـــذا النوع من الأصول فقد وفقوا في استنباط النوع الثاني ، لأنهم بعد سد باب الاجتهـاد شغلوا بثلاثة أمور – كما سبق – منهـا استنباط القواعد والأصول ، ونتج عن ذلك تدوين أصول الفقه وتتميم مسائله ، وهو مما امتاز به الفقهاء المسلمون عن غيرهم ، وهـذا العلم – مع مـا فيه من التواء في بعض مسائله – مجهود ضخم لا يخلو من فوائد عظيمة ، ولو أعيد النظر فيه مجرداً عن العصبية المذهبية وخلص من المسائل الـتي بني الخلاف فيها على الاختلاف في تفسير الألفاظ وما شاكلها لأضحى من أجل مـا يخدم به الفقه والتشريـع .

ومع هــذا الذي فعلوه فنحن لا ننفي عنهم تهمة التقصير في التأليف فيه على هيئة نظريات عامة . وهي نوع آخر غـــير القواعد السابقة ، كنظرية العقد ، ونظرية الالتزام مثلاً ، ولكننا نلتمس لهم العـــذر فيما فعلوه ، لأن الأحكام الاجتهادية الـتي استنبطها الأئمة نقلت لهم على هيئة حلول جزئية من غير بيان لقواعدها التي استندت إليها ، أو خرجت عليها ، وصاحب هـذا النقل دعوى سد باب الاجتهاد ، فوجد هؤلاء حلولاً للمسائل ما وقع منها ، وما لم يقع ، فلم يكن المفتي أو القاضي يجد صعوبة في تعرف حكم مـا يعرض عليه من الوقائع إلا في القليل النادر .

أضف إلى ذلك أن الفقهاء لم يجدوا تشجيعاً من الحكام إلا في فترات نادرة من الزمن ، وأن الفقه الإسلامي قـــد أهمل العمل به في بعض البلدان الإسلامية بسبب الاستعمار البغيض الذي ابتليت به هـذه البلدان ، وحلت محله القوانين الوضعية ، وهذا عمل يضعف العزائم ويميت الهمم .

هـذا وأن الفقه الإسلامي لا يأبى التجديد حتى في طريقة عرضه ، غير أن هذا العرض لا يكفي فيه جهود فردية ، ولا مذكرات دراسية ، بل يحتاج إلى عمل منظم من جماعة يعهد إليها القيام به ، بعد أن يوفر لها كل الوسائل اللازمة لذلك .

نظرية الملكية

تمهيد : في تعريف المال وبيان أنواعه ، تعريف الملك ، المال والتملك ، تنوع الملك إلى ناقص وتام ، أنواع الملك الناقص ، أسباب كل نوع وخصائصه ، الملك التام ، خصائصه ، أسبابه ، المال المباح وأنواعه ...

وقبل الكلام على الملك وأنواعه وأسبابه نمهد لذلك بكلمة موجزة عن المال وما في معناه من « المنافع والحقوق » للارتباط القائم بينهما من جهة أن الملك في غالب صوره يرد على المال ، ولأن الشارع جعله العلاقة بين الانسان المال فنقول :

المال ضروري من ضرورات الحياة التي لا غنى للإنسان عنها ، وقد ورد ذكره في القرآن في أكثر من تسعين آية . وفي السنة في أحاديث أكثر من أن تحصى ، وأخبر الله أنه أحد أمرين هما زينة الحياة الدنيا في قوله تعالى : « المال والبنون زينة الحياة الدنيا »[1] ، غير أن الشارع لم يحدد له معنى خاصاً كما حدد معاني غيره من الألفاظ ، كالصلاة والزكاة والربا والنكاح ، بل تركه لما يتعارفه

(١) سورة الكهف - ٤٦ .

الناس فيه ، فالعربي الذي نزل القرآن بلغته حينما يسمع لفظة المال يفهم المراد منها كما يفهم ما يراد بلفظ السماء والأرض ، ولذلك نجد بعض أصحاب المعاجم اللغوية يقول : « المال معروف » ومنهم من بين معناه .

والذي يؤخذ منهـــا : أن المال في لغة العرب ، هو الشيء الذي يحوزه الإنسان بالفعل بحيث ينفرد به عما سواه .

وعلى هذا لا يسمى الشيء الذي لم يدخل في حيازة الإنسان مالاً في اللغة ، كالصيد في الفـــلاة ، والطير في الهواء ، والسمك في الماء ، والمعادن في باطن الأرض .

وأما الفقهاء فقد ورد عنهم في تعريف المـــال عبارات كثيرة مختلفة في ألفاظهـــا متقاربة في مفهومها ومعناها ، فكل واحد يريد أن يبين معنى هذا اللفظ ويحدد المراد منه ، لأن الشارع تركه من غير تحديد لمعنـــاه ، فجاءت بعض التعاريف واضحة جلية وافية بالغرض ، والبعض الآخر فيه شيء من الغموض والقصور .

وأقرب هذه التعريفات وأحسنها ما قيل فيه : إن المال هو ما يمكن حيازته وإحرازه والانتفاع به انتفاعاً معتاداً .

وهذا التعريف يفيد أن مالية الأشياء تثبت بمجموع أمرين : ـ ١ ـ إمكان الحيازة ، ـ ٢ ـ إمكان الانتفاع المعتاد بـه ، فإذا فقد أحدهمـــا أو كلاهما انتفت المالية .

فليس من المال ما لا يمكن حيازته كضوء القمر ، وحرارة الشمس والأمور المعنوية كالشرف والذكاء والصحة ، كما يخرج عنـــه الأشياء التي لا يمكن الانتفاع بها أصلا ، كالأشياء الفاسدة التالفة مثل لحم الميتة ، والطعام المسموم

أو ينتفع بهـــا انتفاعاً غير عادي كحبة من القمح أو الأرز ، فإنها لا ينتفع بها وحدها .

ثم إن مـــالية الأشياء تثبت بتمول الناس كلهم أو بعضهم . وينبني على هذا أمران :

الأول : أن يكون الخمر والخنزير ونحوهما من الأموال لإمكان حيازتهـا والانتفاع بها لغير المسلمين .

الثاني : أن الشيء إذا ثبتت ماليته لا تزول عنه إلا بترك الناس كلهم له ، فلو ترك بعض الناس أشياء لأنها أصبحت غير صالحة لانتفاعهم بها ، ولكنهـا تصلح لانتفاع غيرهم ، كالثياب القديمة ، فان اسم المال لا يزول عنهـا ما دام إمكان الحيازة والانتفاع موجوداً بالنسبة لبعض الناس .

مالية الاشياء غير المادية « المنافع والحقوق » : الأشياء التي ينتفـع بهـا الانسان أنواع ثلاثة : ١ – أعيان : وهي الأشياء المادية التي لها مادة وجرم ، ٢ – منافع : وهي الفائدة المقصودة من الأعيان ، كسكنى الدار ، وركوب السيارة ،ولبس الثوب، وما شاكل ذلك ، ٣ – حقوق : وهي كل مصلحة تثبت للإنسان باعتبار الشارع ، وهي قد تكون متعلقة بمال كحق الشرب والمرور والتعلي ، وقـد لا تكون متعلقة بمال كحق الحضانة للأم على الصغير ، وحق الزوج على زوجته مثلاً [١] .

---

(١) الحق في اللغة هو الأمر الثابت الموجود ، وله معان أخرى ، والفقهاء استعملوه فيما ثبت لانسان بمقتضى الشرع من أجل صالحه ، ولذا يطلقونه على كل عين أو مصلحة تكون لك بمقتضى الشرع سلطة المطالبة بها او منعها من غيرك ، أو بذلها او التنازل عنها ، فيطلق على الأعيان المملوكة ، ويطلق على الملك نفسه ، وعلى المنافع او المصالح ، وهذا الاطلاق عام ، =

قد اتفق الفقهاء على أن الأعيان أموال إذا أمكن حيازتها ، والانتفاع بها كما اتفقوا على أن الحقوق المتعلقة بغير المال كحق الحضانة ، وحق الولاية على القاصر ليست بمال ، واختلفوا في الحقوق المتعلقة بالمـــال ، والمنافع [1] على رأيين :

فذهب الحنفية إلى أنها ليست بمـــال ، لعدم إمكان حيازتها بذاتها ، لأنها معدومة ، وإذا وجدت تفنى شيئاً فشيئاً .

وذهب الأئمة الآخرون إلى أنها أموال ، لإمكان حيازتها بحيازة أصلهـــا ، ولأنها هي المقصودة من الأعيان ولولاها ما طلبت ، ولأن الطبع يميل إليهـا ، وهذا الرأي أوجه من سابقه لاتفاقه مع العرف العام في المعاملات المالية .

وثمرة هذا الخلاف تظهر في مسائل من الغصب والميراث والإجارة [2] .

فمن غصب شيئاً وانتفع به مدة ثم رده إلى صاحبه فإنه يضمن قيمة المنافع عند غير الحنفية ، وعندهم لا ضمان عليه إلا إذا كان المغصوب عيناً موقوفة ،

= وقد يستعملونه في مقابلة الأعيان والمنافع المملوكة فيكون خاصاً ، والمراد به حينئذ المصالح الاعتبارية الشرعية التي لا وجود لها إلا باعتبار الشارع وفرضه .

وقد قسموا الحقوق عدة تقسيمات . فقسموها مرة إلى حقوق مجردة وغير مجردة وأخرى إلى حقوق تقبل الاسقاط وحقوق لا تقبل الاسقاط ، وقسموا التي تقبل الاسقاط إلى مـــا يصح الاعتياض عنها ، وإلى ما لا يصح فيها ذلك ، كما قسموها إلى حقوق متعلقة بالمـــال ، وحقوق متعلقة بغير المال ، والأصوليون قسموها إلى حقوق خالصة لله ؛ وحقوق خالصة للعباد، وحقوق مشتركة وحق الله غالب ، وحقوق مشتركة وحق العبد غالب .

(١) يلاحظ أن المنافع المختلف فيها هنا هي الأعراض المقابلة للأعيان كما مثلنا من قبل، وأما ثمرة الأعيان المتولدة منها كالثمر الناتجة من الشجر والزروع النابت في الأرض فإنه لا خلاف في كونها مالا لأنها يمكن حيازتها وإن اختلف الفقهاء في شمول المنافع لهـــا . راجع كتابنا الوقف والوصية بين الفقه والقانون في بحث الوصية بالمنافع .

(٢) عدها أبو زيد الدبوسي في كتابه تأسيس النظر ص ٦٢ فراجعها .

أو مملوكة ليتيم ، أو شيئاً معداً للاستغلال [1] .

وإذا استأجر شخص داراً مدة معينة ، ثم مات قبل انتهاء مدة الإجارة ، فعند الحنفية ينتهي العقد بموت المستأجر ، لأن المنفعة ليست مالاً حتى تورث ، وغير الحنفية يقولون : إن الورثة يحلون محل مورثهم حتى تنتهي مدة الإجارة [2] .

أنواع المال: عني الفقهاء ببيان أنواع المال لأن الأحكام تختلف تبعاً لاختلاف أنواعه ، فقسموه عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة فقسموه باعتبار ما له من حرمة وحماية إلى متقوم وغير متقوم ، وباعتبار استقراره في محله وعدم استقراره إلى عقار ومنقول ، وباعتبار تماثل أجزائه وآحاده وعدم تماثلها إلى مثلي وقيمي .

المتقوم وغير المتقوم : [3] ما يصدق عليه اسم المال شرعاً منه ما هو

---

(١) كان الحكم عند متقدمي الحنفية عاماً وهو عدم الضمان . فلما رأى المتأخرون ضعف سلطان الدين على النفوس ، والناس تجارؤوا على الغصب وهم آمنون من الضمان أفتوا بالتضمين في هذه المواضع الثلاثة زجراً للناس عن التعدي ، وهـذا المعنى موجود الآن بالنسبة لكل المنافع فينبغي الافتاء بالضمان في كل غصب .

(٢) المال في اصطلاح القانون ، كان يراد به في القانون المدني القديم « كل شيء نافع للانسان يصح أن يستأثر به شخص دون غيره ويكون محلا للحقوق ». وفي القانون الجديد أصبح يراد به « الحق ذو القيمة المالية أياً كان ذلك الحق سواء أ كان ذلك عينياً أم شخصياً أم حقاً من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية » ... أما الشيء سواء أ كان مادياً أم غير مادي فهو محل ذلك الحق . راجع شرح القانون المدني الجديد للدكتور كامل مرسي .

(٣) هذا التقسيم غير موجود في القانون ، ولكن يوجد تقسيم يشبهه في بعض الوجوه فالمادة - ٨١ - من القانون المدني الجديد تنص على أن : ١ - كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية . ٢ - والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية . فبناء على هذا يمكن القول : بأن فكرة عدم التقوم للمال موجودة في القانون غير أنها ليست مستندة إلى تحريم الشارع. بل مبناها منع التعامل قانوناً.

مباح لنا الانتفاع به ، ومنه ما هو محرم علينا . وما أبيح الانتفاع به إذا حازه شخص وملكه جعل الشارع له حماية وحرمة لحق مالكه .

فإذا توفر للمال الحيازة بالفعل وإباحة الانتفاع في حالة الاختيار سمي عند الفقهاء بالمتقوم ، وإذا انعدم أحدهما كان المال غير متقوم .

فالمال المتقوم : هو ما حيز بالفعل وجاز الانتفاع به شرعاً في حالة الاختيار .

وغير المتقوم : ما ليس كذلك فيشمل ما أبيح الانتفاع به قبل حيازته ، كالمال المباح ، وما حيز لكن لا يباح الانتفاع به في غير حالة الضرورة ، كالخمر والخنزير في حيازة المسلم ، وأما إذا كانا في حيازة ذمي فيكونان مالاً متقوماً في نظر بعض المذاهب الفقهية (١) .

وفائدة هذا التقسيم تظهر في موضعين :

الأول : في الضمان عند التعدي ، فالمتقوم يضمنه المعتدي عليه بالمثل أو بالقيمة على حسب نوعه ، وغير المتقوم لا يضمن متلفه شيئاً حيث لا حرمة له .

والثاني : في صحة التصرف وعدمها ، فالمتقوم يصح التصرف فيه بالبيع والهبة والإجاره وغيرها ، وغير المتقوم لا يصح التصرف فيه بشيء من ذلك ، فلو باع مسلم خمراً أو خنزيراً كان هذا البيع غير صحيح ، ولو كان المتصرف

---

(١) في كشف الأسرار للبزدوي ج ٤ ص ١٥٤١ تفصيل لمذاهب الفقهاء في هذا الموضوع خلاصته : اذا تعدى شخص على خمر أو خنزير لذمي هل يضمنها أولاً ؟

فأبو حنيفة يوجب الضمان سواء كان المتلف مسلماً أو ذمياً غير ان المسلم يضمنها بقيمتها والذمي بمثلها ، لأنها ما دامت متقومة في حقهم كانت معصومة فتضمن ، وذهب المالكية والصاحبان من الحنفية إلى وجوب الضمان أيضاً ولكن بالقيمة مسلماً كان المتلف أو ذمياً .

وذهب الشافعي وأحمد إلى عدم وجوب الضمان سواء كان المتلف مسلماً أو ذمياً .

ذمياً صح منه لتقومها في حقه [١] .

العقار والمنقول [٢] : لا نزاع بين الفقهاء في أن الأعيان المالية تنقسم إلى عقار ومنقول وأنه لا ثالث لهما ، كما لا نزاع بينهم في أن ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر عقار ، وأن ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى مكان مع بقاء صورته وهيئته منقول ، وإنما النزاع بينهم فيما يمكن نقله مع تغيير في صورته وهيئته عند النقل كالبناء والأشجار هل هو عقار أو منقول ؟ .

فالحنفية يقولون : إنه منقول ، والمالكية جعلوه من العقار ، وعلى هذا يعرف العقار عند الحنفية : بأنه ما لا يمكن نقله وتحويله أصلاً ، وهذا لا يصدق إلا على الأرض خاصة .

والمنقول عندهم : هو ما يمكن نقله سواء بقي على صورته الأولى كالحيوانات والمعادن من الذهب والفضة والحديد ، أو تغيرت صورته وهيئته كالأشجار والبناء .

والمنقول عند المالكية : هو ما أمكن نقله مع بقاء هيئته وصورته الأولى والعقار ما عدا ذلك ، فيدخل في العقار الشجر بأنواعه والبناء .

وفائدة هذا التقسيم تظهر في كثير من الأحكام عند التطبيق ، منها الشفعة

---

(١) يقول الإمام محمد بن الحسن في كتابه « الأصل » ج ١ ص ٢٢١ .
وأما الخمر والخنزير فاني أجيز بيعها بين أهل الذمة لأنهما أموال أهل الذمة ، استحسن ذلك وأدع القياس فيه ، من قبل الأثر الذي جاء في نحو من ذلك عن عمر بشير إلى قول عمر : « ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها » .

(٢) هذا التقسيم موجود في القانون غير أنه توسع في العقار فأدخل فيه بعض المنقولات وسماها عقاراً بالتخصيص ، كما أدخل بعض الحقوق العينية المترتبة على العقار ثم رتب آثاراً كثيرة على التقسيم ، راجع مادتي ٨٢ ، ٨٣ من القانون المدني الجديد .

وتصرف الوصي في مال الصبي ، وبيع أموال المدين المحجور عليه بسبب الدين وتصرف المشتري في الشيء المشترى قبل قبضه ، فإنها تختلف باختلاف المـــال وتنوعه إلى عقار ومنقول [1] .

المثلي والقيمي نسبة الى المثل والقيمة :

المثلي : هو مـــا له مثل ونظير في الأسواق من غير تفاوت في أجزائه أو وحداته يعتد به ، كالمكيلات والموزونات ، والعدديات المتقاربة من البرتقـال والليمون والبيض وغير ذلك ، والثياب المصنوعة من قماش معين ، ومقاس معين والأحذية ، والجوارب المتحدة النوع ، وأدوات الأكل ، وأوانيه . والكتب المطبوعة الموجودة في السوق .

والقيمي : هو ما ليس له نظير أصلاً كالتحف النادرة ، أو ماله نظير ولكن بينهما تفـاوت يعتد به في التعامل ، كالحيوانات والأشجار والبناء ، والعدديات المتفاوتة ، كالمانجو والبطيخ ونحوهما ، والأحجار الكريمة كالمـــاس والياقوت ، والكتب المخطوطة .

ومنه الأموال المثلية التي انقطعت من السوق ، ككتاب مطبوع معين نفذت نسخه من السوق .

وفائدة هـذا التقسيم تظهر في بعض الأحكام ، ففي ضمان العدوان يضمن المال المثلي بمثله ما دام موجوداً ، فإذا تعذر ذلك ضمن بقيمته ، والقيمي يضمن بقيمته ابتداء لتعذر المماثلة [2] .

---

(١) اذا أردت توضيح ذلك فارجع الى كتابنا نظام المعـــاملات في الفقه الاسلامي ص ٩٧ وما بعدها .

(٢) والدليل على وجوب الضمان ما رواه الترمذي وصححه عن أنس قال : أهدت بعض=

وأن المال المثلي يتعين بالوصف غالباً ، وقد يتعين بالاشارة إليه أو ما يقوم مقامها بخلاف القيمي فإنه لا يتعين بالوصف .

وينبني على هذا الفرق فرق آخر ، وهو أن المال المثلي إذا كان متعيناً بالوصف يثبت في الذمة في المعاملات فيؤدى بمثله ، وأما القيمي فلا يثبت في الذمة [1] فأداؤه يكون بعينه وذاته المشار اليها .

=أزواج النبي إليه طعاماً في قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها. فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « طعام بطعام وإناء بإناء » ورواه غيره بهذا المعنى ، وروى أحمد وأبو داود والنسائي عن عائشة أنها قالت : ما رايت صانعة طعاماً مثل صفية اهدت إلى النبي إناء من طعام فما ملكت نفسي ان كسرته ، فقلت يا رسول الله ما كفارته ؟ . قال إناء كإناء وطعام كطعام .

وفي بعض الروايات تقول عائشة : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أصحابه فصنعت له طعاماً وصنعت له حفصة طعاماً فسبقتني فقلت للجارية انطلقي فاكفيء قصعتها فأكفأتها فانكسرت وانتشر الطعام فجمعه على النطع فأكلوه ثم بعث بقصعتي إلى حفصة فقال : « خذوا ظرفاً مكان ظرفكم » رواه ابن ماجه وابن ابي شيبة . راجع نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٧٣ وما بعدها في باب ما جاء في ضمان المتلف بجنسه .

(١) هذا هو المشهور عند الفقهاء . والتحقيق أن صلاحية المال القيمي لثبوته في الذمة موضع خلاف بين الفقهاء ..

فأهل الظاهر والمزني ذهبوا إلى أن المال القيمي بجميع أنواعه يصلح أن يكون ديناً في الذمة كالمثلي ، ولذلك أجازوا القرض في كل ما يجوز تملكه بهبة أو غيرها ، وأن الواجب فيه رد مثله إن كان له مثل حقيقة أو مثله صورة وخلقة كما في الحيوان .

يقول ابن حزم في المحلي ج ٨ ص ٨٢ : « والقرض جائز في الجواري والعبيد والدواب والدور والأرضين وغير ذلك لعموم قوله تعالى : « إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى » . قال : وقولنا هذا قول المزني وأبي سليمان ومحمد بن جرير وأصحابنا ومنع ذلك أبو حنيفة ومالك والشافعي في الجواري خاصة الخ .

وهذا الاطلاق الذي ينسبه إلى المذاهب غير مسلم .

لأن الحنابلة والشافعية عندهم رأيان رأي يجوز القرض في كل مال ، وآخر لا يجوزه فيما لا ينضبط وما لا مثل له . كما في المغني ونهاية المحتاج .

والمالكية يرون ان كل ما ينضبط في عرف محل العقد يصلح ان يكون ديناً في الذمة من كل مكيل وموزون ومزروع والثياب والحيوان ، كما في الشرح الكبير باب القرض والحنفية لم يجوزوا القرض إلا في المثليات ، واما السلم فجوزوه في كل ما امكن ضبط صفته ومعرفة=

كما يظهر الفرق بينهما أيضاً في قسمة المال المشترك ، فإن القسمة فيها معنيان إفراز الحقوق وتمييزها ، والمبادلة أي تبادل الأنصباء ببعضها ، إلا أن معنى الإفراز راجح في قسمة المال المثلي ، ومعنى المبادلة أرجح في قسمة القيمي ، ومن هنا جاز لكل شريك بعد القسمة أن يأخذ نصيبه في غيبة الشريك الآخر وبدون إذنه إذا كان المقسوم مثلياً ، لعدم التفاوت في الأنصباء ، أما إذا كان قيمياًفلا يجوز له ذلك للتفاوت بين النصيبين .

التعريف بالملك : عرفنا من الكلام على المال أنه مخلوق لأجل الإنسان وأن المالية لا تثبت للشيء إلا بتمول الناس له ، وأن تقومه يكون بحيازته مع إباحة الانتفاع به ، فيكون إذاً هناك علاقة بين الإنسان والمال ، هذه العلاقة هي التي تكسبه خواصه المالية السابقة ، وخواصه الشرعية التي أقرها الشارع من صحة التصرفات فيه ، ووجوب ضمانه عند الاعتداء عليه ، وقرر الشارع هذه العلاقة وجعلها الملك ، فإذا ثبتت أكسبت كلا من المال والإنسان وصفاً جديداً لم يكن موجوداً قبلها ، فيصبح الإنسان مالكاً ، والمال مملوكاً ، فالملك إذاً معنى نسبي يعين الصلة بين الإنسان والمال ، والملكية نسبة إلى الملك .

والملك في لغة العرب : هو حيازة الإنسان للمال مع الاستبداد به . أي الانفراد بالتصرف فيه .

= قدوه . فالقاعدة عندهم ان كل ما يجوز السلم فيه يصلح أن يكون ديناً في الذمة لأنهم صححوا السلم في اللبن والآجر والثياب والسمك الطري والمملح ولا يصح في الحيوان واللحم والجواهر الخ .

و بنى الخلاف في أصل المسألة ـ فيما يثبت في الذمة من الأموال ـ هو اختلافهم في الواجب بالقرض أهو رد مثل المقترض أم يكفي رد قيمته إذا لم يكن له مثل. فمن ذهب إلى أن الواجب المثل لم يجوز القرض فيما لا مثل له ، فلا يثبت في الذمة غير المثلي ، ومن اكتفى برد القيمة ذهب إلى جواز القرض في غير المثلي ، فيثبت في الذمة المثلي وغير المثلي على حد سواء .

وللفقهاء في تعريفه عبارات كثيرة [1] تختلف في مزاياها ونقصانها ، ففي كل منها مزية ونقص، ولكنها تؤول في النهاية إلى أن الملك علاقة بين الإنسان والمال أقرها الشارع تجعله مختصاً به ، ويتصرف فيه بكافة التصرفات ما لم يوجد مانع يمنع من هذا التصرف .

ونحن نستخلص من جملة التعريفات التعريف الآتي :

الملك هو اختصاص بالشيء يمنع الغير عنه ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداء إلا لمانع شرعي » .

فاذا حاز الشخص المال بطريق مشروع أصبح مختصاً به ، وهذا الاختصاص يبيح لصاحبه الانتفاع به ، والتصرف فيه إلا إذا وجد مانع شرعي يمنعه من التصرف ، كالجنون أو العته أو السفه مثلاً ، ويمنع الغير من الانتفاع بهذا المال إلا باذن مالكه، أو التصرف فيه إلا إذا كانت له صفة شرعية تبيح له التصرف من ولاية أو وصاية أو وكالة ، وعلى هذا لا يكون ولي القاصر أو القيم على المجنون أو المعتوه أو الوصي مالكاً لما يتصرف فيه ، بل المالك هو القاصر أو المجنون ، ولولا هذا العارض الذي عرض له لملك التصرف أيضاً .

ثم إن الملك كما يطلق على هذه العلاقة وهي الملكية [2] يطلق كذلك على

---

(١) راجع فتح القدير والبحر الرائق أول كتاب البيع ، والفروق للقرافي ج ٣ ص ٢٠٨ وما بعدها في الفرق ١٨٠ ، وتهذيب الفروق ج ٣ ص ٢٣٤ وما بعدها .

(٢) ومعنى الملكية في القانون المدني قريب من معناه في الشريعة فالمادة ٨٠٢ تقول : لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه . والدكتور كامل مرسي في شرحه للقانون ص ٢١ يقول : « الملكية حق بمقتضاه يوضع شيء تحت إرادة شخص يكون له دون غيره أن يستعمله ويستغله ويتصرف فيه بكل التصرفات في حدود القانون » .

الشيء المملوك فتقول : هذه السيارة ملكي . أي مملوكة لي [1] ، ومن هذا المعنى قرر فقهاء الحنفية : أن المنافع والحقوق ملك وليست بمال ، وعلى هـذا يكون الملك أعم من المال عندهم .

المال والتملك : قدمنا أن المـال ما يمكن حيازته والانتفاع به على وجه معتاد ، وهذا يفيد أن المال بطبيعته قابل للتملك، لكن قد يعرض لبعض أنواعه عارض يجعله غير قابل لذلك في جميع الأحوال ، أو في بعضها ، وحينئذ يتنوع المال بالنسبة لقابليته للتملك إلى ثلاثة أنواع :

١ – نوع لا يقبل التملك ولا التمليك بحـال من الأحوال . مثل الأشياء المخصصة للمنافع العامة كالطرق العامة والجسور ، والسكك الحديدية ، والأنهـار العظيمة ، والمكتبات العامة والمتاحف والحدائق العامة وغيرها ، فهذه الأشياء غير قابلة له ما دامت مخصصة للمنافع العامة ، فاذا ما زالت عنها هـذه الصفة العامة عادت إلى حالتها الأصلية ، وهي قابليتها للتملك ، فمثلاً الطريق العـام إذا استغني عنه ، وشق طريق آخر بدله فانه يعود إلى قبوله التملك .

٢ – نوع لا يقبل التملك إلا بمسوغ شرعي ، كالأعيان الموقوفة ، وأملاك بيت المـال ، وهي المسماة في العرف القانوني باسم « الأموال الحرة » ، فالوقف لا يصح بيعه إلا إذا تهدم أو أصبحت نفقـاته أكثر من غلاته مثلاً ، وملك الحكومة « بيت المال » لا يجوز بيعه إلا لضرورة كاحتياج بيت المال الى ثمنه أو رغب فيه راغب بضعف ثمنه ، وقيل اذا رأى ولي الأمر المصلحة في ذلك لما له من الولاية العامة .

٣ – نوع يصح تملكه وتمليكه . وهو ما عدا هذين النوعين :

---

(١) وهذا المعنى هو مـا أراده أصحاب المجلة العدلية من تعريفهم للملك « بأنه مـا ملكه الإنسان سواء كان أعياناً أو منافع » مادة : ١٢٥ .

أنواع الملك : الاختصاص بالشيء الذي هو معنى الملك اما أن يقع على ذات الشيء « عينه ورقبته » ، ومنافعه معاً ، أو يقع على منافعه فقط ، أو يقع على ذاته فقط . فاذا وقع على أحدهما كان ملكاً ناقصاً ، واذا وقع عليهما كان تاماً ، ومن هنا انقسم الملك الى تام وناقص .

فالملك التام : هو ما ثبت لذات [1] الشيء ومنفعته معاً بحيث يثبت معه للمالك فيهما جميع الحقوق المشروعة .

والملك الناقص : هو ما ثبت لواحد منهما فقط ، وهو نوعان : ملك الرقبة وحدها ، وملك المنفعة وحدها ، ويسمى حق الانتفاع ، وهذا الأخير يتنوع الى نوعين باعتبار ما يتعلق به ، لأنه اما أن يكون ثابتاً لشخص أو لعين .

فالأول يتعلق ابتداء بالمنتفع ، فيكون له فقط . ولا ينتقل منه الى غيره إلا في بعض صور « سيأتي تفصيلها عند الكلام عليه » ؛ والثاني يتعلق بعين العقار المقرر له هذا الحق ، وهو لا يثبت لشخص معين ، بل يتبع العقار كيفما كان مالكه ، فهو يثبت أولاً للعقار ، ثم يثبت لمن ملكه تبعاً لثبوته للعقار ، ولذلك ينتقل مع العقار كحق المرور إلى دار معينة في طريق خاص ، وكحق الشرب لأرض الثابت على أرض أخرى ، فإنه يثبت لمن ملك الدار أو الأرض ، فاذ لاحظنا هذين النوعين يكون الملك الناقص ثلاثة أنواع :

١ — ملك العين فقط .

---

(١) يرى بعض الفقهاء أن العباد لا يملكون أعيان الأشياء وإنما يملكون منافعها فقط ويفرقون بين الملك التام والناقص أو المطلق والمقيد على حد تعبيرهم بأن الأول ملك لعموم الانتفاع والثاني ملك لبعضها فقط ، يقول ابن رجب الحنبلي في قواعده : « ١٩٥ القاعدة - ٨٦ - » وانما مالك الأعيان خالقها سبحانه وتعالى وأن العباد لا يملكون سوى الانتفاع بها على الوجه المأذون فيه شرعاً. فمن كان مالكاً لعموم الانتفاع فهو المالك المطلق ومن كان مالكا لنوع منه فملكه مقيد ويختص باسم خاص يمتاز به كالمستأجر والمستعير وغير ذلك » اهـ

٢ – ملك المنفعة فقط ، ويكون الانتفاع حقاً شخصياً[١] . أي لشخص معين .

٣ – ملك المنفعة وحدها . ويكون حق الانتفــاغ عينياً ، أي تابعاً للعين ويثبت لمن ملك العين تبعاً لملكية العين .

هذا ولكل من الملك التام والناقص بأنواعه خصائص وأحكام يختص بهـا دون سواها ، كما أن لكل منها أسباباً يثبت بها ؛ وإليك بيانها .

الملك الناقص وأنواعه : النوع الأول وهو ملك العين وحدها .

هذا النوع يوجد إذا كانت العين مملوكة لشخص والمنفعة مملوكة لآخر ، وهو أقل أنواع الملك الناقص وجوداً ، لأنه جاء على خلاف القواعد في الملك ، لأن المقصود من ملك العين هو الانتفاغ بها فإذا ثبت ملك العين بدون الانتفاع كان ذلك شاذاً ، إلا أنه تسومح فيه تشجيعاً على أعمال البر في نهاية الحيـاة حيث إنه لا يثبت إلا في صورتين من صور الوصية .

الأولى : إذا أوصى المالك بمنفعة عين لشخص طول حياته ، أو مدة معلومة ومات الموصي ، فان ملك العين ينتقل إلى الورثة ، وللموصى له إذا قبل الوصية ملك المنفعة طول حياته ، أو المدة المحددة ، وعلى الورثة تسليم العين للموصى له بالانتفاع ، فان امتنعوا أجبروا على ذلك ، وبعد انتهاء مدة الوصية ، أو موت

---

(١) هذا الاصطلاح في الحق العيني والشخصي غير اصطلاح القانون فيهما ، فإن الحق العيني فيه كحق الملكية وحق الانتفاع ، والحق الشخصي كالذمامات : أي الديون التي للشخص على الغير ، وكلاهما يكون العنصر الايجابي في الذمة المـالية ، وسمي الحق الأول عينياً ، لأنه متعلق بالعين . وصاحبه لا يستعمله قبل شخص معين . بل يستعمله قبـل جميع الناس . وسمي الثاني شخصياً . لأنـه متعلق بشخص المدين ، وصاحبه لا يستعمله إلا بواسطة شخص آخر يؤديه اليـه . ويسمى ذلك المدين .

الموصى له يصبح ملك الورثة ملكاً تاماً ، وإذا مات الموصى له قبل انتهاء المدة المحددة وجب على ورثته تسليم العين لورثة الموصى عند الحنفية ، لأن المنفعة لا تورث عندهم ، ومن هنا تعلم أن ملك العين فقط يؤول إلى ملك تام بخلاف ملك المنفعة فإنه ناقص دائماً .

الثانية : إذا أوصى شخص بداره او أرضه مثلاً لشخص وبمنفعتها إلى شخص آخر ، وبعد موته قبل كل منهما الوصية ، فإن ملك كل منهما ناقص ، وتسلم العين لصاحب المنفعة ليستوفي حقه . فإذا انتهى عادت إلى مالك العين ، ويصبح ملكه تاماً .

وعلى ذلك نقول : إن ملك العين وحدها يثبت بالميراث في صورة الوصية بالمنفعة وحدها ، وبالوصية فيما إذا أوصى بالعين لشخص وبالمنفعة لآخر .

أما خصائصه : فان صاحبه ليس له الانتفاع بأي وجه لا بنفسه ولا بتمليكه لغيره . وليس له التصرف في العين تصرفاً يضر بملك المنفعة . وليس له أن يبيع العين لغير مالك المنفعة إلا بإذنه عند الحنفية . **وعند غيرهم يجوز بيعها** بدون إذنه وتنتقل ملكيتها محملة بحق مالك المنفعة . وعليه سار قانون الوصية . وإذا مات تورث عنه . ولا ينتهي ملكه إلا بموته أو بهلاك العين نفسها ، أو بتمليكها لغيره ، وإذا أتلف العين ضمن قيمة المنفعة لمالكها ، ونفقات العين اللازمة لاستيفاء المنفعة والضرائب المقررة عليها تكون على مالك المنفعة (مادة ٥٨ من قانون الوصية) .

النوع الثاني وهو ملك المنفعة ، أو حق الانتفاع الشخصي :

وقبل بيان أسباب هذا النوع وخصائصه نعرض لمسألة يثيرها الفقهاء في هذا الموضوع ، وهي هل ملك المنفعة وحق الانتفاع شيء واحد أو متغايران

فالحنفية لا يرون فرقاً بينها ويقولون : إن هذا الحق قد يكسب صاحبه أن ينتفع بنفسه ، وأن يملك غيره هذه المنفعة ، كما إذا أوصى شخص لآخر بمنافع داره ينتفع بها كيفما يشاء فإن للموصى له أن يسكنها بنفسه ، أو يسكن غيره فيها بأجر أو بغير أجر ، وقد يكسبه الانتفاع بنفسه فقط ، كما إذا وقف شخص داره لسكنى الطلبة الفقراء أو الغرباء ، فإن من ثبت له هذا الحق لا يملك أن يملكه لغيره ، وكما في حق الانتفاع بالمنافع العامة ؛ فان من له الحق في دخول مدرسة أو جامعة أو مصحة ليس له الحق في أن يملكه لغيره وكذلك حق الانتفاع الثابت لشخص بإذن خاص من مالك العين ، كما إذا أذن شخص لصديق له أن يركب سيارته ، أو ينزل ضيفاً عليه في بيته فإن الشخص المأذون له في ذلك لا يملك تمليكه لغيره ، ومثال ذلك كثير .

فمن هذا ترى أن هذا الحق قد يكون مطلقاً عن القيود ، كما في النوع الأول وقد يكون مقيداً كما في النوع الثاني ، وإن الاطلاق والتقييد فيه ليس راجعاً إلى اختلاف نوع الحق ، وإنما يرجع إلى السبب الذي أثبت هذا الحق ، فإذا كان السبب مقيداً اقتصر استيفاء الحق على صاحبه ، وإن كان غير مقيد لا يقتصر عليه بل له أن يستوفيه بنفسه ، وله أن يملكه لغيره .

وذهب فريق آخر من الفقهاء منهم المالكية إلى التفرقة بينها . فملك المنفعة اختصاص حاجز للغير يبيح لمن ثبت له أن يستوفي المنفعة بنفسه ، وأن يملكها لغيره ، فمثلاً المستأجر ملك المنفعة بهذا العقد واختص بها ، وهذا الاختصاص حاجز لغيره عنها ، فله أن يستوفيها بنفسه ، وأن يملكها لغيره بعوض أو بغير عوض ، وأما حق الانتفاع فهو مجرد رخصة بالانتفاع جاءت نتيجة إذن عام كحق الانتفاع بالمنفعة العامة ، كالطرق والأنهار والمدارس والمصحات وغيرها ، أو إذن خاص كحق الانتفاع بملك شخص معين إذا أذن صاحبه كركوب سيارة الغير أو القراءة في كتبه ، أو السكنى في بيته بإذنه ،

وهذا الحق لا يفيد ملكاً للمأذون له حق يملكه لغيره .

وعلى هذا المذهب يكون لحق الانتفاع سببان :

أحدهما : كون الأشياء المنتفع بهـا مخصصة لمنفعـة الناس كلهم كالطرق والأنهار أو مخصصة لفريق خاص ؛ كالمدارس المخصصة للطلاب ، والمصحات المخصصة للمرضى .

وثانيهما : إباحة المنفعة من مالك العين سواء كانت لشخص معين باسمه أو غير معين إذا أذن للغرباء بالنزول في داره [1] .

وأما ملك المنفعة فيثبت بأسباب أربعـة : الاجارة والاعارة ، والوقف والوصية .

وعلى المذهب الأول تكون أسباب ملك المنفعة أو حق الانتفاع هـــذه

---

(١) هكذا قرر هذه المسألة الكاتبون في الفقه الاسلامي من الفقهاء المحدثين في هذا العصر ومستندهم في ذلك ما جاء في كتاب الفروق للقرافي ص ١٨٧ جـ ١ ، وتهذيبه المطبوع بهـــا مثه ص ١٩٣ جـ ١ في « الفرق الثلاثين بين قاعدة تمليك الانتفاع وبين قـــاعدة تمليك المنفعة ، وفيه أن تمليك الانتفاع هو الاذن في أن يباشر الانتفاع بنفسه ، وتمليك المنفعة هي الاذن في أن يباشرها بنفسه وأن يملكها لغيره فهو أعم وأشمل من الأول . فهذه العبارة كما ترى تسمى كلا منهما ملكاً إلا أن الانتفاع قاصر على صاحبه يستوفيه بنفسه ، وبهذا لا يقتصر ثبوته على السببين المذكورين ، بل قد يثبت بغيرهما إذا قيد بذلك على أن هـذا الخلاف لا اثر له حيث أن الكل متفق على أن من ملك الانتفاع بنفسه لا يملك تمليكه لغيره ، فتسميته بعد ذلك بحق انتفاع ، أو بملك منفعة لا أثر له .

وفي تهذيب الفروق جـ ٣ ص ٢٣٤ عند تعريف الملك ما يفيد أن المسألة فيها رأيان . الأول أن الملك لا يتناول الاذن بالانتفاع ، والثاني : أنه يتناوله ، وقال وهو الصحيح فيراجع .

الأربعة مضافاً إليها الاباحة . وهي [1] الاذن بالانتفاع من غير تعاقد سواء كان صادراً من مالك العين أو كان أذناً عاماً كما في الانتفاع بالمنافع العامة .

وأياً ما كان الخلاف في التفريق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع ،والاختلاف في عد الأسباب الموجبة له ، فنحن نتكلم عن هذه الأسباب بموضحين مدى الفرق بين ما يثبت بكل واحد منها .

أما الاجارة : « وهي تمليك المنفعة بعوض » فإن المستأجر يملك بها المنفعة المنصوص عليها في العقد ، ولا يملك ما يخالفها قوة » فلو استأجر أرضاً للزراعة فلا يملك البناء عليها ، ومن استأجر سيارة ليركبها ليس له أن يستعملها في نقل الأخشاب أو الأحجار مثلاً ، وله أن يملك المنفعة لغيره بعوض وبغير عوض بشرط أن تكون المنفعة مما لا تختلف باختلاف المنتفع سواء شرط عليه المؤجر الانتفاع بنفسه فقط أولاً ، وأما إذا كانت المنفعة تختلف باختلاف المنتفعين وأذن له المؤجر أن يملكها لغيره جاز له ذلك ، وهذا لأن الإجارة ترد على منفعة معلومة ، فلو ملك غيره المنفعة التي تختلف باختلاف المنتفعين كان تمليك غير المتفق عليه ، وهو لا يجوز بدون إذن المالك .

---

(١) هذا هو معنى الاباحة الخاص بالمنفعة ، ولكن الاباحة كما تكون واردة على المنفعة تكون واردة على ذات المال ، وحينئذ تعرف الاباحة بأنها الاذن أو الترخيص لانسان في أن ينتفع بالمال أو يستهلكه لا على وجه التعاقد ، وهذا الاذن قد يكون من الشارع ، كما في إباحة الانتفاع بالمنفعة العامة كالمرور في الطرقات والجلوس في المدارس ، أو استهلاك الماء من الأنهار العامة ، والدواء من المصحات العامة .

وقد يكون الاذن خاصاً ، ويكون في الأموال المملوكة لشخص معين إذا أذن لغيره أن ينتفع بها كالاذن بركوب السيارات الخاصة أو البيات في داره ، أو أذن له باستهلاك ماله . كالاذن في أكل طعامه . والاباحة سواء كانت واردة على المنفعة أو على نفس المال تفيد الملك للمباح له على الرأي الراجح في مذهب الحنفية .

وهناك رأي آخر يقول : إنها لا تفيد الملك . بل الشخص المباح له ينتفع أو يستهلك العين على ملك مالكها .

أما الاعارة : « وهي التبرع بالمنفعة بغير عوض » فقد اختلف فقهاء الحنفية في إفادتها ملك المنفعة للمستعير ، فذهب بعضهم إلى أنها لا تفيد تمليكاً، بل تبيح للمستعير أن ينتفع بالعين مع بقاء منفعتها على ملك المعير ، وعلى هذا الرأي لا يجوز للمستعير أن يملك المنفعة لغيره لا بعوض ولا بغير عوض ، وذهب الجمهور منهم إلى أنه يملك المنفعة بهذا العقد ، وعلى هذا يجوز له أن يملكها لغيره بطريق الإعارة فقط ما لم يمنع من ذلك مانع كشرط المعير أن لا يعيرها لغيره ، أو كانت المنفعة تختلف باختلاف المتنفعين فإن لم يشترط وكانت المنفعة لا تختلف جاز له الإعارة لغيره حتى وإن نص في العقد على أنه يستعيرها لينتفع بها بنفسه ، وليس له أن يملكها لغيره بعوض بطريق الإجارة، لأن الأعارة عقد غير لازم ، والإجارة عقد لازم ، فلو جاز له الاجارة لاقتضى ذلك تغيير الوصف الشرعي لأحد العقدين ، فتكون الإعارة لازمة ، أو الإجارة غير لازمة ليتوافق العقدان، وهذا لا يصح لما فيه من تغيير المشروع والشافعية موافقون للحنفية في هذا .

ولكن المالكية [1] خالفوهم فأجازوا للمستعير أن يملك المنفعة لغيره بالإجارة أو الإعارة ، لأن من يملك المنفعة يكون له حرية التصرف فيها في مدة الإعارة بشرط ألا يضر بالعين المستعارة . حيث إن عقد الإعارة لازم في مدته لا يجوز للمعير إبطاله ، وعلى هذا يكون مبنى الخلاف في هذه المسألة هو الخلاف في لزوم الإعارة وعدم لزومه .

وأما الوقف [2] والوصية : فيفيد ان ملك المنفعة ، فله أن يستوفيها بنفسه

---

(١) جاء في تهذيب الفروق في الفرق ٣٠ « إن العارية تملك المستعير ما شهدت به العادة ، فمن شهدت له العادة بمدة كانت له تلك المدة ملكاً على الاطلاق يتصرف كما يشاء بجميع الأنواع السائغة في التصرف في المنفعة في تلك المدة ويكون تمليك هذه المنفعة كتمليك الرقاب » ص ١٩٣ جـ ١ . راجع شرح رسالة ابن أبي زيد بشرح النفرواي ص ٤٩ جـ ٣ .

(٢) الوقف هو حبس العين عن تمليكها لأحد من العباد وصرف منفعتها إلى من أراد الواقف . والوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت .

أو يملكها لغيره بعوض ، أو بغير عوض على تفصيل واختلاف في المذاهب .

لأن المملك وهو الموصي أو الواقف إما أن ينص على عموم الانتفاع بأن يقول : ينتفع بها كيف شاء ، أو يقيده بالانتفاع بنفسه ، أو بالاستغلال ويمنعه من الآخر ، أو يقيده بواحد منهما بدون نص على المنع من الآخر ، أو يطلق في العبارة من غير تقييد بشيء ، وهذه الصور اختلفت المذاهب في أحكامها ، ولسنا في حاجة إلى ذكر تفاصيل المذاهب ، بل نكتفي بذكر الرأي المعمول به الآن في قانوني الوقف والوصية ، وهو « أنه إذا نص على الأمرين معاً أو أطلق ، أو نص على واحد منهما وسكت عن الآخر فإنه يجوز الأمران . الانتفاع بنفسه والاستغلال إذا لم يترتب على هذا ضرر بالعين الموقوفة أو الموصى بها ، والمحكمة هي التي تقدر ذلك ، هذا إذا كانت العين تحتمل الأمرين أما إذا لم تكن تحتمل إلا الانتفاع فقط ، كالمصحات والمدارس الموقوفة مثلاً ، فإن الموقوف عليه لا يملك أن يملكها لغيره .

خصائص هذا النوع من الملك :

يختص ملك المنفعة أو حق الانتفاع الشخصي بأحكام منها :

١ — أنه لا يكون مطلقاً بل مقيداً ، فيقبل التقييد ابتداء بالزمان والمكان والصفة ، فلمعير السيارة لغيره أن يقيد المستعير بمدة شهر مثلاً ، وبمكان معين كأن يقيده بأن يركبها في الإسكندرية مثلاً ، ولا يخرج بها منها ، وأن يركبها بنفسه وكذلك من أجر سيارته أو داره لغيره له أن يقيده بزمان خاص وصفة خاصة بخلاف الملك التام فإنه لا يتقيد بشيء من ذلك كما سيأتي :

٢ — أنه لا يقبل التوارث عند الحنفية في جميع صوره ، لأن الإرث يكون للمال الموجود عند الموت ، والمنافع ليست أموالاً عندهم .

وخالفهم المالكية والشافعية والحنابلة في بعض الصور ، كما إذا كانت الإجارة لمدة معلومة ومات المستأجر قبل انتهائها فإن الورثة يرثون ملك المنفعة في المدة الباقية ، وكذلك إذا أوصى شخص لآخر بسكنى داره مدة معلومة أو استغلالها ومات الموصى له قبل انتهاء المدة ، فان ورثته يملكون منفعة ذلك الشيء بقية المدة .

وقد أخذ قانون الوصية [١] رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بمذهب الحنفية ، بخلاف الملك التام فانه يورث بالاتفاق .

٣ – إن مالك المنفعة يضمن العين إذا تعدى عليها ، ويضمن مقدار نقصها إذا تعيبت بتعديه عليها [٢] ، وذلك لأنه تعدى على ملك غيره ، وأما إذا هلكت أو تعيبت بلا تعد فانه لا ضمان عليه ، لأن العين في يده أمانة ، والأمين غير ضامن لحديث : « ليس على المستودع غير المغل ضمان : والمغل الخائن .

٤ – إن نفقات العين قد تكون على مالك المنفعة إذا ملكها مجاناً بالإعارة أو الوصية [٣] ؛ وقد تكون على مالك العين إذا ملكها بعوض بالإجارة ، فمن استأجر سيارة ليركبها تكون تكاليفها على مالك السيارة ، ولو استعارها تكون التكاليف على المستعير ، وفي الملك التام على المالك مطلقاً .

---

(١) مادة ٥٩ : ونصها « تسقط الوصية بالمنفعة بوفاة الموصي له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها : الخ .

(٢) والتعدي يكون إما بفعل مقصود به الاتلاف أو التعيب أو بتجاوزه الشروط التي قيده بها المالك ، أو حبسها بعد استيفاء المنفعة من غير مانع من الرد أو بتهاونه في حفظها .

(٣) هذا عند الحنفية ، وعند المالكية والشافعية والحنابلة أن النفقة على مالك العين لأن المفروض أن المنتفع ملك المنفعة مجانا بدون عوض ، فلو ألزمناه بالنفقة لما خلصت المنفعة مجانا واذا كان ملك المنفعة بسبب الوقف فإن النفقة في غلة الوقف اذا كان موقوفا للاستغلال ، وعلى الموقوف عليه اذا كان موقوفا للانتفاع على خلاف أيضا بين المذاهب .

ثم إن هذا النوع من الملك ينتهي بواحد من أمور :

١ – انتهاء مدة الانتفاع سواء كان بإجارة أو وصية أو وقف أو إعارة .

٢ – وفاة من له حق الانتفاع عند الحنفية ، وأما غيرهم الذين يقولون بإرث هذا الحق فلا ينتهي إلا بانتهاء مدة الانتفاع كما بينا ذلك في خصائصه .

٣ – وفاة مالك العين إذا كان ملك المنفعة بطريق الإجارة ، لأنها عقد إلزام والتزام ، وبموت مالك العين فات محل الالتزام ، وكذلك إذا كان بطريق الإعارة لانهـا تبرع وهو ينتهي بموت المتبرع ، وأما في الوصية فيبـدأ ملك المنفعة بقبول الموصى له بعد موت الموصي ، وفي الوقف كذلك لا ينتهي بموت الواقف لأنه إن كان مؤبداً فظاهر ، وإن كان مؤقتاً فينتهي الاستحقاق بانتهاء المدة ولا أثر لموت الواقف فيه .

٤ – هلاك العين المنتفع بها أو تعيبها بعيب يتعذر معه استيفاء المنفعة ، كما إذا كانت أرضاً مستأجرة للزراعة فصارت سبخة ، أو طغى عليها الماء ، أو داراً مستأجرة للسكنى وتهدمت ، والمسألة موضع تفصيل عند الحنفية [١] .

---

(١) تفصيل ذلك أن الهلاك إما أن يكون بتعد من المالك أو من غيره أو يكون بـلا تعد ، والمنفعة المملوكة إما أن تكون ثابتة بالإعـارة أو بالوقف أو بالوصية او بالاجارة وفي الاجارة إما أن تكون منفعة عين بذاتها أو منفعة مطلقة ثابتة في ذمة المستأجر ، فإذا كان الهلاك بلا تعد منه أو من غيره فإن الحق ينتهي بهذا الهلاك لا فرق بين أن يكون السبب إعارة أو وقفا أو إجارة إلا إذا كان ذلك الحق ثبت ديناً في الذمة بالاجارة ، كأن يتعاقد على منفعة من غير تعيين عين تستوفي منها. كما إذا تعاقد مع شخص على حمل أمتعته في سيارة ، فإن المعقود عليه هو الحمل الثابت في ذمة المؤجر ، فإذا حمل المتاع في سيارة ثم هلكت في الطريق لا يبطل العقد ، بل عليه أن يحضر سيارة أخرى لتوصيله إلى المكان المتفق عليه .

بخلاف ما إذا تعاقد على حمله بسيارة معينة فإنه يبطل بهلاك تلك السيارة ، وإذا كان =

وإذا انتهى حق الانتفاع وجب على المنتفع تسليم العين إلى مالكها عند طلبها إلا إذا كان التسليم يترتب عليه ضرر بالمنتفع أو بورثته ، كما إذا انتهت المدة وفي الأرض زرع لم ينضج ، أو مات المنتفع كذلك ، ففي هذه الحالة تبقى الأرض بيد المنتفع أو ورثته حتى يتم نضج الزرع لكن بأجر مثل هذه المدة الباقية [1] ونظير ذلك ما إذا استأجر جماعه سفينة مدة معلومة وانقضت المدة وهم في وسط البحر ، فإنها تبقى بالأجر معهم حتى يصلوا إلى البر ، وليس لصاحبها أن يكلفهم بتسليمها في الحال وليس لهم أن يجبروه على ابقائها معهم أكثر من مدة وصولهم إلى البر ، لأن الضرورة تقدر بقدرها ، ومثل ذلك إذا استأجر شخص سيارة مدة للذهاب بها إلى مكان معين . فتعطل الطريق ، ولم تصل السيارة في الزمن المحدد تبقى بأجر المثل حتى يصل إذا كان لا يمكنه الوصول بغيرها ، أما إذا كان يمكنه ذلك بغيرها فلا يجبر صاحب السيارة على إبقائها معه .

= الهلاك بسبب التعدي أو التقصير ففي الوقف والوصية يلزم شراء عين أخرى بالضمان المستحق على المتعدي ليستوفي منه الموقوف عليهم والموصي له بقية المنفعة . وكذلك في الاجارة على عين بذاتها أو كان سبب ملك المنفعة هو الاعارة فإنها تبطل بهلاك العين . راجع البدائع جـ ٤ ص٢٢٣ ورد المحتار جـ ٥ ص ٥٨ .

(١) هذا إذا كان انتهاء العقد بمضي المدة ، أما اذا كان بموت المستأجر فإنه يجب الأجر المسمى استحساناً ، وفي القياس يجب أجر المثل ، وجه القياس : أن العقد انفسخ حقيقة بالموت ، وابقاؤه لهذه الضرورة ، فأشبه شبهة العقد ، واستيفاء المنافع بشبهة العقد يوجب أجر المثل اوفي الاستحسان يجب الأجر المسمى ، لأن التسمية وقعت بالتراضي ، وهي كانت متناولة لهذه المدة بخلاف انفساخه بمضى المدة ، فإن التسمية لم تتناول هذه المدة فلم يوجد تراض منهما على لمسمى فوجب أجر المثل : البدائع ج ٤ ص ٢٢٣ .

النوع الثالث وهو حق الانتفاع العيني ويسمى حق الارتفاق[1] :

وهي تسمية حادثة أطلقها قدري باشا في كتابه « مرشد الحيران » أخذا من القانون . والفقهاء لا يعنون هذه التسمية .

وعرفوه : بأنه حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لغير مالك العقار الأول ، ثم عدوا منه حق الشرب ، والمجرى ، والمسيل ، والمرور ، وحقوق الجوار « الرأسي والجانبي ». ، ولكن التعريف لا يصدق على حقوق الجوار ، لأن حق الجوار الرأسي « التعلي » حق مقرر لشخص على بناء أو لبناء على بناء آخر ، والبناء ليس عقاراً على رأي المالكية ، وحق الجوار الجانبي حق مقرر لشخص على عقار ، أو هي حقوق متبادلة بين الجيران لتنظيم الانتفاع بأملاكهم ، ولذلك تراهم يزيدون في التعريف لفظ « غالباً » .

والسبب في هـــذا هو أنهم نهجوا منهج القانون المدني ، وهو يعتبر حقوق الجوار كلها من حقوق الارتفاق[2] ، ويتوسع في معنى العقار حتى شمل البناء والأشجار وغيرهما مما هو تابع للعقار .

وإذا كنا نتكلم عن الحق العيني ، وهو المقرر لعين لا لشخص وسميناه بحق الارتفاق ، وعرفناه بالتعريف السابق ، فيحسن أن نقصره على حق الشرب والمجرى . والمسيل ، والمرور ، ليكون التعريف شاملاً لها غير قاصر . ثم نتبعه بالكلام على حقوق الجوار .

---

(١) الارتفاق في اللغة . الاتكاء على مرفق اليد ، ويطلق على ما يستعان به . جاء في المختار المرفق والمرفق موصل الذراع من العضد ، والمرافق أيضا من الأمر ، وهو مـا ارتفعت بـه وانتفعت ، ومنه قوله تعالى : « ويهيء لكم مرفقا » ومرافق الدار مصاب الماء ونحوها .

(٢) القانون المدني الجديد عرف حق الارتفاق في المادة ١٠١٥ « الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر ، ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام ان كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال » .

الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع السابق من وجوه :

١ ـ إن حق الارتفاق يكون دائماً مقرراً على عقار ، وأما حق الانتفاع فقد يكون متعلقاً بعقار ، كما في وقف العقار أو الوصية به . أو إجارته أو إعارته ، وقد يكون متعلقاً بمنقول كما في إعارة كتاب أو إجارة سيارة مثلاً .

٢ ـ إن حق الارتفاق يكون مقرراً لعقار إذا قصرناه على الشرب والمجرى، والمسيل ، والمرور . وإذا جعلناه شاملاً لحقوق الجوار فقد يكون مقرراً لعقار . وقد يكون لشخص ، وأما حق الانتفاع فإنه دائماً مقرر لشخص معين باسمه أو بوصفه .

٣ ـ إن حق الارتفاق غير مؤقت بوقت ينتهي بانتهائه . وأما حق الانتفاع فله وقت ينتهي بانتهائه . إما بالموت أو بانتهاء مدة الإجارة أو الإعارة مثلاً .

٤ ـ هذا الحق يورث حتى عند الحنفية الذين لا يجعلونه مالاً . لأنه تابع للعقار .

خصائص هذا النوع من الملك :

لحقوق الارتفاق خصائص وأحكام عامة تشملها كلها . ولكل واحد منها أحكامه الخاصة .

فأحكامها العامة هي أنها إذا ثبتت تبقى ما لم يترتب على بقائها ضرر . فإن ترتب عليها الضرر وجب إزالتها

فمثلاً إذا كان حق الشرب من الترعة العامة يترتب عليه ضرر ببقية المنتفعين يمنع بمقدار ما يزيل الضرر . وكذلك المسيل القذر في الطريق العام يجب إزالته ،

وكذلك السير بالسيارة في الطريق العام إذا ترتب عليه ضرر منع . كمن يسير بسرعة كبيرة، أو في اتجاه غير الاتجاه المخصص للمرور. لحديث . «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام [١] » ومعناه لا ينبغي لأحد أن يضر غيره ولا يضره غيره [٢]. لأن المضارة تولد البغضاء والشحناء . وهما منهي عنهما شرعاً . ومن هذا الحديث قرر الفقهاء قاعدة عامة تقول : الضرر يزال » .

الأسباب المثبتة لحقوق الارتفاق : هذه الحقوق كما تكون مقررة على عقار مملوك لشخص أو أشخاص تكون مقررة على عقار جعل للمنفعة العامة وكما تكون ثابتة في وقت معين بسبب معلوم كذلك تكون ثابتة في وقت يجهله الناس وبسبب غير معلوم . لذلك تثبت بأسباب كثيرة منها :

١ ـ الشركة العامة في العقارات المقررة للمنافع العامة كالطرق العامة والأنهار والترع العامة التي لا تدخل في ملك أحد ومثلها المصارف العامة ، فإن هذه يثبت الحق فيها لكل عقار قريب منها . حتى كان لأصحاب العقارات أن يمروا من هذه الطرق ويسقوا أراضيهم من تلك الترع ، ثم يصرفوا المياه الزائدة عن حاجتهم في تلك المصارف ، لأن هذه المنافع تعتبر شركة بين الناس يباح لهم الانتفاع بها حيث إنها أعدت لذلك :

٢ ـ الشرط في عقد معاوضة كأن يبيع شخص لآخر قطعة ارض زراعية

---

(١) هذا الحديث رواه مالك في الموطأ .

(٢) جاء في المنتقى ج ٦ ص ٤٠ في شرح هذا الحديث : يحتمل أن يريد به التأكيد . فيكون الضرر والضرار واحداً ويحتمل أن يريد به لاضرار على أحد بمعنى أنه لا يلزمه الصبر عليه ، ولا يجوز له إضراره بغيره ، وقيل الضرر هو مالك فيه منفعة وعلى جارك فية مضرة . والضرار ما ليس لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة ، ويحتمل أن يكون معنى الضرر أن يضر أحد الجارين بجاره ، والضرار أن يضر كل واحد منهما بصاحبة ا هـ ملخصاً .

ويشترط أن يكون له عليهـا حق شرب لأرض أخرى مملوكة له . أو حق مرور لهـا . ويقبـل المشتري ذلك ، فإن حق الشرب وحق المرور يثبتان بهذا الشرط .

٢ ـ التقادم : بمعنى أن يكون حق من هذه الحقوق ثابتاً لعقـار من زمن قـديم غير معـلوم وقت ثبوته . كما إذا ورث شخص أرضاً تسقى من أرض بجوارها . أو تصرف ما فضل من مائها في مصرف مملوك لشخص آخر . والناس الموجودون لا يعرفون متى ثبت هذا الحق فاننا في هذه الحالة نحكم بثبوت الحق إذا أراد صاحب الأرض أو المصرف أن يمنعـه من استعماله . لأن الظاهر أنـه ثبت بسبب مشروع إلا إذا تبين لنا أنه ثبت في أول الأمر بسبب غير مشروع وحينئذ لا نتردد في إبطاله .

هذا ولو أذن شخص لجاره أن يمر إلى أرضه من ملكه ، أو يسقي أرضه من مجرى ماء له ، فانه لا يثبت لأرض المـأذون له حق ارتفاق على أرض من أذن له ، لأنه مجرد إباحة ، وله أن يرجع في هذا الإذن في أي وقت شاء ، فلا يصح لمن ملك الأرض بعده بالإرث أن يطالب بهذا الحق .

وبعد أن عرفنا معنى الارتفاق ، والفرق بينه وبين حق الانتفاع الشخصي والأسباب التي يثبت بها نفصل الكلام على هذه الحقوق ، وإليك البيان .

١ ـ **حق الشرب** : الشرب في اللغة . الحظ والنصيب من المـاء ، ومنه قوله تعالى : « إنا مرسلوا الناقة فتنة لهم فارتقبهم واصطبر ونبئهم أن المـاء قسمة بينهم كل شرب محتضر [١] » أي يحضره صاحبه .

وقوله تعالى خطاباً لثمود قوم صالح بشأن ناقته : « هـذه ناقة لهـا شرب

---

(١) سورة القمر الآية ـ ٢٨ .

ولكم شرب يوم معلوم »[١] .

وفي الاصلاح الشرعي ، هو النصيب من الماء لسقي الزرع والشجر ، أو نوبة الانتفاع بالماء سقياً للشجر أو الزرع ، فهو يطلق عندهم على معنيين :

١ ـ النصيب المستحق من الماء .

٢ ـ زمن الانتفاع به .

فاذا كان الماء في مجرى عام يكفي كل المنتفعين به سمي مقدار الماء الذي يأخذه كل واحد شرباً ، وإذا كان الماء في مجرى خاص ولا يكفي الكل دفعة واحدة فاتفقوا على قسمته بالأيام سمي زمن انتفاع كل شربا .

ومما يلحق بهذا الحق ، حق الشفة ، وهو حق شرب الإنسان والدواب والاستعمال المنزلي ، وسمي ذلك بحق الشفة ، لأن شرب الإنسان يكون بتناول الشفة لإيصاله إلى الجوف ، ولذلك عرفه بعض فقهاء[١] الحنفية بما يشمل النوعين فقال : حق الشرب هو حق الشّرب والسقي » .

أقسام المياه بالنسبة لهذين الحقين : الشّرب والشُّرب » .

تنقسم المياه بالنسبة لهذين الحقين إلى ثلاثة أنواع . لأنها إما أن تكون

---

(١) سورة الشعراء ـ ١٥٥ ، والآيتان في موضوع واحد وهو قسمة الماء بين الناقة وقوم صالح بالمياومة . وذلك لأن الله قسم مـاء العين بينهم وبين الناقة فجعل لهم يوما يحضرون فيه وحدهم ، وجعل للناقة يوما تشرب فيه وحدها ولا يحضرون يومها ، بل كانوا يشربون لبنها . راجع القصة في كتب التفسير .

(٢) صاحب البدائع ص ١٨٨ جـ ٦

في مجرى عام غير مملوك لأحد ، أو تكون في مجرى خاص مملوك لشخص أو أشخاص ، أو تكون محرزة في آنية أو ما يشابهها من الأنابيب [١]

فالأول : وهو ماء الجاري العامة سواء حفرت بطبيعتها كنهر النيل بمصر ، ونهري دجلة والفرات بالعراق، ونهر الأردن وأمثالها ، أو حفرتها الدولة للمنفعة العامة ، كترعة الباجورية والإسماعيلية وغيرهما في مصر ، وهذا النوع يثبت لكل واحد فيه الحقان ، فله أن يأخذ ما شاء من الماء للشرب والاستعمال المنزلي ، وأن يسقي أرضه كيف شاء . إما بشق جدول لأخذ الماء أو بنصب الآلات البخارية وغير البخارية « السواقي » التي يعبر عنها الفقهاء « بالرحى » ولم تقيد الشريعة هذا الحق إلا بقيد عدم الضرر بالناس فمن فعل فعلاً يضر بالعامة ، كأن يقيم على ترعة آلة بخارية تأخذ كل مائها أو معظمه منع من ذلك ، وكان لكل واحد منعه ، لأن الماء حق لهم كلهم . وهم شركاء فيه لحديث . « الناس شركاء في ثلاثة الماء والكلأ والنار » والشركة هنا شركة إباحة لا شركة ملك ، ولأن هذه الأشياء ليست مملوكة لأحد ، ولا للناس كلهم . وإنما هي مباحة لهم ، فمن أخذ شيئاً وأحرزه منها ملكه ، والمراد بالماء في الحديث غير المحرز لأن المحرز لا شركة فيه ، بل هو مملوك لصاحبه يتصرف فيه كما يتصرف في أمواله ، لحديث « نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الماء إلا ما حمل منه [٢] » ، وحمله يكون بإحرازه .

---

(١) راجع الجامع الوجيز « الفتاوى البزازية » على هامش الجزء السادس من الفتاوى الهندية ص ١١٤ وما بعدها .

(٢) روى مسلم في صحيحه بسنده إلى أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا ينظر إليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم . رجل على فضل ماء بالفلاة يمنعه من ابن السبيل ، ورجل بايع رجلا سلعة بعد العصر فحلف له بالله لأخذها بكذا وكذا فصدقه وهو على غير ذلك ، ورجل بايع إماماً لا يبايعه إلا لدنيا فإن أعطاه =

والثاني : وهو ما كان يجري في أرض مملوكة كترعة حفرها شخص أو أشخاص في أرض مملوكة لهم لتأخذ المياه من الأنهار العامة لسقي أراضيهم، ومثل ذلك المياه التي تنبع من عين أو بئر حفرت في أرض مملوكة كذلك ، فهذا النوع من الماء يثبت لأصحاب الأرض الحقان فيه ، فإن كان واحداً انتفع به كيف شاء ، وإن كان أكثر من واحد وجب عليهم توزيع الماء بينهم توزيعاً عادلاً . إما بالمياومة الزمنية أو بتقسيمه . بأن يفتح كل واحد فتحة في الترعة على حسب مقدار أرضه ، ولا يشترط في استعمالهم شيء إلا عدم إضرار بعضهم ببعض .

وأما بالنسبة لغيرهم ، فإنه يثبت للناس كلهم حق الشرب ، وهو أخذ الماء لشرب الإنسان والحيوان والاستعمال المنزلي ، ولا يثبت لهم حق الشرب ، وهو سقي الأرض إلا في صورة واحدة ، وهي ما إذا باع صاحب هذا المجرى جزءاً من أرضه بشربها ، أو شرط المشتري عليه أن تسقي من هذا المجرى وقبل ذلك .

ومما تجب ملاحظته هنا أن ثبوت حق الشرب للناس في هذا النوع من الماء مقيد بعدم إلحاق الضرر بأصحاب الأرض التي فيها الماء ، فيجب على المنتفعين به أن يحافظوا على حافة هذه الأماكن حتى لا تسد أو تتخرب ، كما يجب عليهم أن يسلكوا في وصولهم إليها الطريق العام إن كان موصلاً إليها ، ولا يذهبوا إليها من أرض مملوكة لصاحبها ، فإذا تعين المرور في أرضه كان صاحب الأرض مخيراً بين أمرين . أما أن يأذن لهم بالمرور فيها ، أو يخرج لهم الماء ليشربوا ، فإن لم يفعل دخلوها رغم أنفه فإن منعهم ولم يكن ماء قريب يمكنهم أخذ

= منها وفى وإن لم يعطه منها لم يوف »

بعد العصر أي آخر النهار لينفق سلعته فحلف أنه اشتراها بكذا ويبيعها بكذا ربح قليل لئلا تبقى إلى الغد كما يفعل ذلك الناس عادة . فيفيد الحديث أنه لو فعل ذلك في أي وقت كان حراماً . فالحديث لا مفهوم له .

حاجتهم منه قاتلوه أولاً بغير السلاح . فإن لم يفد قاتلوه بالسلاح ، لأن هـذا الماء لا زال باقياً على الإباحة فلكل إنسان الحق فيه ، ومن منع شخصاً حقـاً من حقوقه كان له أن يقاتله بالسلاح حتى يأخذ حقه ، والأصل في إباحة القتال بالسلاح ما روى [1] أن قوماً وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر فأبوا فسألوهم أن يعطوهم دلوا فأبوا فقالوا لهم : إن أعناقنا وأعناق مطايانا كادت تقطع فأبوا ، فذكروا ذلك لعمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو خليفة فقال : « هلا وضعتم فيهم السلاح » .

والثالث : وهو الماء المحرز في الأواني أو الأنابيب ومنه المياه التي توزع في المدن ، وكذلك ماء الطلمبات ، فإنه يعتبر محرزاً في الأنابيب ، ولا يجري بنفسه وهـذا مملوك لصاحبه سواء كان شخصاً أو شركة ، لأنه مباح الأصل والمباح يملك بالاحراز ، لحديث « من سبقت يده إلى مباح فهو له » ، وحديث « نهى عن بيـع الماء إلا ما حمل منه » ، ولأن العادة جرت في الأمصار في كل العصور باستيلاء السقائين على المياه وبيعها واستحلال ثمنها من غير نكير ، ومثل هذا يعتبر دليلاً على الملك .

هذا النوع لا يثبت لأحد غير صاحبه حق فيه لا شِرباً ولا شُرباً . لأنـه كبقية الأموال ، فلا يحل لأحد أخذه إلا إذا اضطر إليه بأن لم يجد غيره للشرب لنفسه ولدوابه ، فإن له أن يأخـذه من صاحبه بالقوة والقتـال بغير السلاح بشرط أن يكون فائضاً عن حاجة صاحبه ، فإذا أخـذه ضمن قيمته كبقية الأموال المملوكة التي تؤخذ في حالة الضرورة ، فإن لم يكن فائضاً عن حاجته

---

(١) رواه أبو يوسف في كتاب الخراج ، والكاساني في بدائعه « ووجه الدلالة من هـذا الأثر ، أن عمر قال ذلك ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ، فيكون بمثابة الاجماع على مشروعه، لأنه لو كان غير جائز لانكروا عليه خصوصاً في هذا الأمر الخطير وهو القتال بالسلاح .

فلا يحل لغيره أخذه . ولا القتال عليه ، لأن القتال أبيح لدفع الهلاك عن نفسه ، ولا يصح أن يدفع الهلاك عن نفسه بإهلاك غيره الذي هو أولى منه به ، لأنه مالك له .

وإنما كان لمن يخشى على نفسه الهلاك القتال بغير السلاح عند وجود الفضل عن حاجة صاحبه لأن الماء مملوك ، والملك له حرمة تجب مراعاتها ، وكان مقتضى ذلك ألا يقاتله أصلا ، لكن العطش وخوف الهلاك دفعاه لأن يطلبه إبقاء لنفسه وحفظاً لها ، فأبيح له القتال ، وبقي حمل السلاح على أصل تحريمه .

حق المجرى أو الاجراء : هذا الحق تابع لحق الشرب ، لأن الشرب . وهو النصيب من الماء لسقي الزرع والشجر لا يمكن استيفاؤه إلا إذا كان له مجرى يمر به إلى الأرض المراد سقيها ، فيكون حق المجرى : هو أن يكون لعقار حق مرور الماء الصالح لسقي زرعه أو شجره على عقار آخر مالكه غير مالك الأول.

فإذا ثبت ذلك الحق لعقار كان لمالكه حق إجراء الماء في ذلك المجرى ولا يحق لصاحب الأرض التي فيها المجرى أن يمنع صاحب الحق من إجراء الماء متى كان حقه ثابتاً بسبب من الأسباب السابقة ، كما لا يحق له أن يمنعه من المرور بنفسه ليصلح المجرى بإزالة ما يعوق الماء عن المرور ، فإن منعه ألزم بإصلاحه بنفسه ، فإن امتنع أجبر على أحد الأمرين .

وإصلاح المجرى على من له حق السقي سواء كان واحداً أو أكثر ، فإن امتنع واحد أجبر على ذلك .

ثم إن هذا الحق إذا كان قديماً يجب بقاؤه ، لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على بطلانه ، وإبقاؤه مشروط بعدم الضرر بصاحب الأرض ، فإن كان يلحقه منه ضرر كنز الماء في أرضه مثلاً وجب على من له حق

السقي إزالة الضرر إما بتعميق المجرى ، أو بتقوية جوانبه ، أو بتقليل الماء فيه دفعاً للضرر .

هذا ولا يجوز لشخص استعمال مجرى [1] الغير الذي لا حق له فيه إلا بإذنه ، كما لا يجوز له إحداثه في ملك الغير إلا بإذنه [2] .

٣ – حق المسيل : المسيل هو مجرى على سطح الأرض ، أو أنابيب تنشأ لتصريف المياه الزائدة ، أو غير الصالحة . فالفرق بينه وبين المجرى ، أن المجرى لجلب الماء الصالح لأحل الانتفاع ، والمسيل لصرف الزائد عن الحاجة سواء كان صالحاً ، كما في مصارف الأرض الزراعية ، ومياه الأمطار الساقطة على المنازل أو غير صالح كما في الماء المستعمل في المنازل .

وعلى هذا يكون حق المسيل : هو حق صرف الماء غير الصالح ، أو الزائد عن الحاجة في ملك الغير حتى يصل إلى مستودع أو مصرف عام ، ويستوي في هـذا أن يكون مصدر المياه أرضاً زراعية ، أو منزلاً للسكنى ، أو غير ذلك كالمصانع والمقاهي . هذا الحق متى ثبت لا يزال إلا إذا كان مضراً ضرراً لا يمكن رفعه ولا يبطل بتغير صفة العقار من أرض زراعية إلى دار ، أو من مسكن إلى مصنع ، وأحكام المسيل مثل أحكام المجرى من الإصلاح والدخول في ملك الغير وغير ذلك .

---

(١) القانون المدني أجاز للغير استعمال المسقاة أو المصرف الخاص بقدر الحاجة بعد أن يكون المالك قد استوفى حاجته منها ، ولكنه جعل على الملاك المجاورين ان يشتركوا في نفقات الانشاء والصيانة ، ويجب أن يعوض تعويضاً عادلاً عن ذلك الانتفاع ، وكذلك إذا أصابه ضرر من ذلك ، راجع المواد ٨٠٨ – ٨٠٩ – ٨١٠ .

(٢) ولقد روي أن الضحاك بن خليفة الأنصاري أراد أن يجري ماءه في بستان لمحمد بن مسلمة ليسقي أرضاً له مجاورة له فمنعه ، فشكاه الى عمر بن الخطاب ، فقال له عمر : أيضرك ؟ فقال لا . فقال له : فوالله لو لم أجد له ممراً الا على بطنك لأمررته وكان أن نفذ ما قضى به الخ . وهذا بظاهره يفيد أنه يجوز اجراء الماء في أرض الغير بدون اذنه . بل يفيد أنه يجبر عليه =

٤ – حق المرور : هو حق الوصول إلى عقار معين من طريق ليس مملوكاً لصاحبه سواء أكان الطريق عاماً أم خاصاً مملوكاً للغير .

فالطريق الذي يثبت فيه حق المرور نوعان : عـــام ليس مملوكاً لأحد ، وخاص مملوك لشخص، ولكل منهما أحكام تخصه ، وإليك بعض هذه الأحكام.

أما الطريق العام : الذي ليس مملوكاً لأحد ، فإنه يثبت حق المرور فيــه لكل إنسان مطلقاً غير مقيد بقيد إلا عدم الإضرار بغيره سواء كان عقاره واقعاً عليه أو لا ، كما يثبت عليه حق آخر لمن كان ملكه متصلاً به واقعاً على أحد جانبيه ، وهو حق فتح الأبواب والنوافذ ، وإنمـا ثبت فيه لأن الطريق العـام جعل لارتفاق العامة فيثبت الحق للكل من غير تفرقة .

وأما الانتفاع به بغير هذين الحقين . كإنشاء ظلة ، أو دكان « مصطبة » أو طنف « بلكون » أو وضع عروض التجارة سواء أكان من أرباب المحلات التي عليه أم من غيرهم ففيه تفصيل . فان كان يضر بالمصلحة التي أعد لهـا الطريق ، وهي المرور منع من ذلك ، لأن الضرر يجب منعه أو إزالته ، وهــذا بالاتفاق ، وإن لم يكن ضاراً بأن كان الطريق متسعاً ، وإحداث ذلك لا يعوق المرور ، فانه يجوز إحداث ذلك لكن عند أبي حنيفة بشرط إذن ولي الأمر ، وعلى هذا يكون لكل واحد من الناس منعه من إحداثه وتكليفه برفعه بعد إحداثه . لأن هذا حق الإمام « ولي الأمر » ولكل واحد منع من افتات على حقه ، ولم يشترط

= اذا منعه ، ولكن هــذا الظاهر لا يجري على عمومه ، لأننا لو فعلنا ذلك لأهدرنا الملكيات وحرمتها ، وهذه الحادثة إن دلت على شيء انما تدل على أنه يجوز اذا تعينت أرض الجـار بحيث لا يوجد سبيل آخر لذلك . ولعل الأرض التي كانت لمحمد بن مسلمة كانت مواتا رأحيـاها ، وأرض الضحاك كذلك وأحياها بعده وحينئذ يتعين اجراء المـاء فيها وان لم يرض صاحبها ، بعد ذلك وجدت في شرح الموطأ للباجي ج ٤ ص ٦ ، وما بعدها تأويلات لهذا الأثر وبيان المراد به وآراء الفقهاء ذلك فليراجع .

صاحباه هذا الإذن على تفصيل ليس هذا موضعه .

والراجح هنا رأي الإمام ، لأن الطريق جعل لمنفعة العـامة ، فليس لواحد منهم أن يفعل شيئاً زائداً ، لأنه يكون قد استوفى حقاً زائداً عما ثبت له ، على أن هذا الأمر قد يكون فيه ضرر لكنه خفي الآن فيختلف الناس في تقديره واختلافهم يؤدي إلى النزاع. فتفادياً لهذا يفوض التقدير إلى وليّ الأمر، فيتوقف الانتفاع على إذنه ، وهو لا يأذن بما فيه ضرر للناس ، فينقطع عند إذنه النزاع ، فاذا لم يأذن يكون المنتفع مفتاتاً على حق ولي الأمر ، فيكون لكل فرد حق منع هذا الافتيات .

والقانون المدني يوافق مذهب الإمام ، لأنه يشترط في أي ارتفاق في الطريق العام غير المرور الترخيص الخاص من أولي الأمر .

وأما **الطريق الخاص** : وهو المملوك لأشخاص فيثبت لأصحابه حق المرور فيه وفتح الأبواب والنوافذ من غير قيد ، وليس لغيرهم أن يفتح فيه نافذة إذا كان طريقه من جهة أخرى إلا إذا كان الحق ثابتاً له من قديم الزمان ، وأما بناء أحدهم الظلة أو الدكان فيشترط فيه إذن الكل [1] . فان اتفقوا على ذلك جاز ، ولا يبطل حق أحد منهم بسد بابه ، فله أن يفتحه ثانياً ، ويتبع العقار كيفما كان مالكه .

وإذا أذن أصحابه للناس بالمرور فيه ، وكان نافذاً فليس لهم المنع بعد ذلك، كما أنه ليس لهم سده باقامة باب عليه حتى ولو كان الطريق غير نافذ ، لأنه ثبت للعامة حق المرور فيه إذا كان نافذاً وحق الالتجاء إليه عند ازدحام الطريق أو حدوث حادثة فيه ، وليس لهم بيعه باتفاقهم ، ولا قسمته بينهم. لأنه بعد ثبوت الحق للعامة فيه ليس لهم إبطـاله بأي وجه من الوجوه [2] إلا إذا كانوا أقاموا

(١) سواء كان مضراً أو غير مضر كما هو صريح المادة ١٢٢ من المجلة العدلية .
(٢) راجع جامع الفصولين ج ٢ ص ١٩٧ ، وشرح المجلة المادة ١٢٢٣ ؛

عليه باباً من أول إنشائه ، فانه يكون بمثابة المال المشترك الخاص بهم ، فلم يثبت لأحد حق فيه فلهم قسمته ، ومنع الناس من دخوله وبيعه .

هذا هو حكم المرور في ملك الغير كأرضه الزراعية أو ساحة داره ، فاذا ثبت بالتمليك تبعاً للعقار كأن يبيع شخص أرضاً مع حق المرور إليهـــا فانه يثبت دائماً ، ويتبع العقار في الملك ويثبت على الوجه المتفق عليه من مروره وحده أو بدوابه أو مروره ماشياً أو راكباً، وأما الأذن بالمرور فلا يثبت حقاً لازماً، بل له أن يرجع عنه .

هذه هي حقوق الارتفاق ، وتلك أحكامها الإجمالية ، وبقية التفاصيل يرجع اليها في المراجع الأصلية .

حقوق الجوار : الشريعة الإسلامية جاءت منظمة لشريعة الجوار ، وحثت على إكرام الجار ليعيش الناس في ألفة من غير تباغض ولا شحناء ، وفي السنة أحاديث كثيرة في هذا المعنى ، منها :

قول رسول الله ﷺ : « مـــا زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه » ، وقوله : « لا يؤمن عبد حتى يأمن جاره بوائقـــه » ، أي غوائله وشروره ، وقوله : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره » . وقيل لرسول الله: إن فلانة تصوم النهار ، وتقوم الليل ، وتؤذي جيرانها ، فقـــال : « هي في النار » ، وغير ذلك من الأحاديث [1] .

والجوار نوعان : علوي « رأسي » وجانبي ، والأول هو المسمى بحق التعلي.

---

(١) جمع الامام الشعراني في كتابه كشف الغمة أحاديث حقوق الجوار فراجعها في ج ٢ ص ٢١٤ وما بعدها .

وهو أقوى من الآخر ، ويكون غالباً [1] بين بنائين أحدهما فوق الآخر ، ويتحقق ذلك في دار مكونة من طبقتين مثلاً مملوكة لشخصين لأحدهما سفلها ، وللآخر علوها ، كما إذا كانت دار موروثة ، واتفق الوارثان على قسمتها على هذا الوجه ، أو تكون مملوكة لشخص وباع طبقة منها لآخر ، فحينئذ يكون لصاحب العلو حق القرار على ذلك السفل من غير أن يملك سقفها ، فان السقف ملك لصاحب السفل ، إذ به يتم ويكون سكناً .

وحق التعلي نوع من حق القرار كما هو نوع من الجوار ، لأن حق القرار كما يكون على الأرض في صور استئجار الأرض للبناء عليها ، وهو المسمى بالحكر يكون على بناء ، وهو حق التعلي ، والجوار كما يكون جانبياً يكون علوياً .

وهذا الجوار أقوى من الجوار الجانبي ، لأن ملك كل منهما ليس خالصاً لتعلق حق كل منهما بالآخر ، وانتفاع كل منهما بملك الآخر نوع انتفاع ، فكما ينتفع صاحب العلو بقرار بنائه على الآخر ، كذلك ينتفع صاحب السفل بالعلو بمنع الحرارة الشديدة عنه صيفاً ، وتسرب الأمطار إلى ملكه شتاء .

من أجل ذلك وجب مراعاة حق كل منهما عند التصرف ، واتفق الفقهاء على أنه ليس لأحدهما التصرف في ملكه بما يضر بالآخر ، كأن يهدم صاحب السفل بناءه أو يفتح فتحات تضعف تحمل البناء ، وكأن يبني صاحب العلو طبقة أو طبقات توهن السفل .

والتصرفات التي تصدر عنهما قسمها الفقهاء ثلاثة أقسام :

الأول : التصرفات الضارة بيقين كما مثلنا ، وهذه ممنوعة بالاتفاق ، ولو حصلت وترتب عليها الضرر كان المتسبب فيها ضامناً لما لحق الآخر من الضرر .

---

(١) قلنا غالبا ، لأنه قد يكون أحدهما بناء والآخر غير بناء . كما إذا هدم العلو وبقي السفل وقد يكونان غير بناء ، كما إذا انهدم العلو والسفل معا .

الثاني : تصرفات لا تضر واحداً منهما بيقين ، كالاصلاحات المعتادة من دهن الجدر وتزيينها بالورق الملون ، وتركيب الثريات الكهربائية ، وتبديل الأبواب والنوافذ ودق المسامير الصغيرة ، وهذه لا تمنع اتفاقاً .

الثالث : تصرفات تحتمل الضرر وغيره ، مثل أن يفتح صاحب السفل نافذة في بعض الحجرات ، أو أن يبني صاحب العلو حجرة للخدم ، أو لغسل الثياب، أو يضع في إحدى الحجرات متاعاً كثيراً قد يؤثر في السقف . وهذا النوع اختلف الإمام وصاحباه في جواز مباشرته .

فأبو حنيفة يمنعه ، وصاحباه يجوزانه ، ومبنى الخلاف بينهما : أن أبا حنيفة نظر إلى تعلق حق الغير بالملك فقيد تصرفه ، لأن ملكه ليس خالصاً ، ولم يبح له إلا ما تيقن عدم ضرره ، وأما ما عداه فموقوف على رضا الآخر ، والصاحبان نظرا إلى أنه ملك . والمالك يتصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً ما دام لا يضر غيره بيقين ، فهو ممنوع مما تيقن فيه الضرر ، وما عداه مباح له .

فالأصل عنده المنع ما لم يقم الدليل على عدم الضرر فيباح . وعندهما الأصل الإباحة ما لم يقم الدليل على الضرر فيمنع .

هذه هي وجهة كل من الرأيين باختصار ، وقد صرح فقهاء المذهب ، بأن رأي الإمام هو المختار [1] للفتوى ، لأن هذا الملك وإن كان تاماً لوقوعه على رقبة المال ومنفعته معاً إلا أنه عارضه تعلق حق الغير به . فيجب ملاحظة الأمرين معاً ، فيمنع من أن يفعل ما يلحق الضرر بغيره بيقين ، وأما المشكوك فيه فان احتمال الضرر قد يؤدي إلى الضرر ، فيكون ذريعة إلى الضرر ، فان

---

(١) راجع فتح القدير ص٥٠٣ ج ٥ ، وحواشي ابن عابدين ص٥٥٥ ج ٥ في مسائل شتى، وفيها : « والمختار للفتوى أنه اذا أشكل أنه يضر أم لا لا يملك ، واذا علم أنه لا يضر يملك » . ومثله في البحر ص ٣٢ - ٣٣ ج ٧ ، ونقل عن جامع الفصولين ان الملك مطلق ، والحق مانع وقد اجتمعا فجمعنا بينهما .

مثل هذه الأشياء وإن لم تؤثر الآن فانها تؤثر بعد ذلك فيمنع منهـا ، والمنع من هذا التصرف ليس ضرراً في ذاته فانه وإن منع من فعل فقد منع الآخر من فعل مماثل له من أجله ، فالتكافؤ موجود بينهما .

وإذا هدم صاحب السفل بناءه أجبر على إعادته ، لأنه تعدى على صاحب العلو بإزالة حق القرار الذي للعلو ، وحينئذ يلجأ صاحب العلو إلى القاضي ليجبر الآخر على إعادة بنائه ، فلو امتنع صاحب السفل بعد ذلك وقام صاحب العلو ببنائه بدله رجع عليه بما أنفقه ما دام بأمر القاضي ، أمـــا لو بناه من غير أن يرجع إلى القاضي كان متبرعاً فلا يحق له الرجوع .

وأما إذا تهدم السفل وحده فلا يجبر على إعادته ، لأنه غير متعمد ، وفي هذه الحالة إذا لم يقم صاحب السفل باعادة البناء بنفسه ، وقام به صاحب العلو على نفقته بدون اذن كان له أن يطالب صاحب السفل بقيمة البناء ، وله حق منعه من الانتفاع به حتى يؤدي تلك القيمة ، لأنه لم يكن متبرعاً بهـــذا العمل ، بل هو مضطر اليه ليصل إلى حقه . ولا سبيل للوصول اليه إلا بهذا الطريق حيث لا جبر على صاحب السفل [1] .

وأما إذا قام به باذن صاحبه أو القاضي رجع عليه بما أنفقه كله ، لأنه وكيل عنه بمقتضى الاذن ، وإذا هدم صاحب العلو علوه فالمعتمد أنه لا يجبر على بنائه حيث لا ضرر يلحق صاحب السفل من ذلك .

---

(١) جاء في فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٣ « كل من اجبر على ان يفعل مع شريكه فاذا فعل احدهما بغير امر شريكه فهو متطوع ، لأنه له طريق وهو المطالبة بالمشاركة بالفعل ، ثم قال : وان كان لا يجبر لم يكن متطوعا كعلو لرجل وسفل لآخر وسقط السفل فبناه الاخر لا يكون متطوعا لأنه لا يجبر صاحب السفل على بنائه ، فكان في بنائه اياه مضطراً ليصل الى حقه ، واذا بناه وبنى عليه علوه له منع صاحب السفل من الانتفاع به والسكنى حتى يؤدي قيمته ، واختلف في ان القيمة هل تعتبر وقت البناء او وقت الرجوع ، والصحيح وقت البناء » اه ملخصا .

وهذا الحق « حق التعلي » يصح بيعه والبناء قائم بالاتفاق ، لأنه حق متعلق بالمال ، وأما بعد الهدم فلا يصح بيعه عند الحنفية ، لانه ليس بمال ولا هو حق متعلق بمال . والمالكية ، والحنابلة جوزوا بيعه مطلقاً سواء أكان البناء قائماً أم لا ، بل أجازوا بيعه قبل بناء السفل ، غير أنه يشترط تحديد مقدار ما سيبنى من السفل ، وبقدر ما يباع من العلو حتى لا يكون مثار نزاع بين المتعاقدين .

وأما الجوار الجانبي أو المطلق : فقد اختلف الفقهاء في ثبوت حق للجار على جاره يقيد تصرفاته حتى يمنع من أن يفعل فى ملكه شيئاً يضر بذلك جاره على قولين :

الأول : أنه لا حق لأحدهما على الآخر يقيد تصرفاته ، فلكل منهما أن يتصرف في ملكه كيفما شاء ، فله أن يفتح ما شاء من الأبواب والنوافذ ، ويعلي البناء ويهدم منه ما يشاء ، وممن ذهب إلى هذا الرأي المتقدمون من الحنفية ، وهو مذهب الشافعي وأحمد ، وهو مقتضى حرية تصرف المالك في ملكه ، لكن ينبغي أن يقيد ذلك بألا يظهر منه قصد الإضرار بالغير عند تصرفه وإلا منع ، هذا هو مقتضى المبادىء العامة في الشريعة .

الثاني : أن تصرفه مقيد بألا يضر بجاره ضرراً فاحشاً ، وإلى هذا ذهب المالكية ، وهو رواية عن أبي يوسف [1] ، واستحسن هذا الرأي الفقهاء المتأخرون من الحنفية ، فخالفوا ما كان مقرراً في المذهب عند المتقدمين ، وقالوا : يجب أن تقيد تصرفاته بذلك وإن لم يقصد الضرر ، واستندوا في ذلك

(١) جاء في كشف الأسرار الصغير شرح المنار ج ٢ ص ٣٠٣ : روي عن أبي يوسف فيمن تصرف في خالص ملكه بما يضر جيرانه يمنع عنه وان كان متصرفا في ملكه دفعا للضرر عن الغير .

إلى حديث « لا ضرر ولا ضرار في الاسلام» . وما في معناه ، وفي بعض أحاديث الجوار تصريح بالنهي عن التطاول في البناء إلا بإذن الجار فقد روي أن رسول الله قال لأصحابه : « أتدرون ما حق الجار ؟ إذا استعانك أعنه ، وإذا استقرضك أقرضه ، وإذا افتقر عدت عليه بمالك . وإذا مرض عدته ، وإذا أصابه خير هنيته وإذا أصابته مصيبة عزيته ، وإذا مات اتبعت جنازته ، ولا تستطل عليه بالبناء فتحجب عنه الريح إلا بإذنه [1] » الخ الحديث .

وبناء على هذا الرأي يضمن الضرر الناشيء عن فعله سواء أكان الضرر مباشراً أم بطريق التسبب ، وعلى الرأي الأول لا يضمن إلا الضرر المباشر ، وأما المتسبب عن التصرف في ملكه فلا يضمنه .

وأنت إذا علمت أن الشريعة الاسلامية حضت على عدم إيذاء الجار ، بل على الاحسان إليه في أكمل صورة من صور الاحسان ، حتى قال رسول الله ﷺ : « ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه » ، وأنها بذلك قد خاطبته من ناحية الخلق والدين لتستقر الحياة ، ويعيش الناس في وئام ، فلم يكن ثمة حاجة إلى تقييد تصرفاته بنص خاص ، لأن العاقل حينما يفكر وينظر في عواقب فعله سيكف نفسه عن إيذاء الجار ، أو فعل ما يسبب له الضرر ، لأن جاره حينئذ إما أن يفعل معه مثل ما فعله ، وبذلك يكون البادىء قد أضر نفسه ، وإما أن يغض النظر عن إيذائه ، وبهذا يكون أكرم عند الله وعند الناس منه .

ولقد كان المسلمون الأولون يهتدون بهدي القرآن والسنة ، لذلك لم يجد الفقهاء السابقون حاجة إلى تقييد تصرفاتهم ، لأن الدين وحسن الخلق فيهما العاصم لهم من ذلك ، وهذا هو وجه الرأي الاول .

---

(١) كشف الغمة ج ٢ ص ٢١٤ .

ولقد روي أن شخصاً شكا إلى أبي حنيفة من جـــار له حفر بئراً في داره بجوار جداره ، فقال له الامام : احفر في دارك بجوار تلك البئر بالوعة ، ففعل فنزت البئر الاولى فكبسها صاحبها ، فتراه لم يفته بجبر صاحبه على كبس البئر ، بل دله على حيلة ليدفع عن نفسه الضرر . وهو تصرف في خالص ملكه [1] .

ولمـــا دارت عجلة الزمن وضعف سلطان الدين على النفوس ، وتهـــاون الجار في الإحسان إلى جاره ، بل أصبح يكيد له ويتفنن في إيذائه استحسن الفقهاء المتأخرون تقييد تصرفاته بما لا يضر بجاره ضرراً فاحشاً ، لأن الناس لما تركوا الواجب الديني ، وتهاونوا فيه قام القضاة بتنفيذ هذا الواجب ، وهنا حقت عليهم كلمة الإمام العادل عمر بن عبد العزيز . تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الأمور » .

ولقد مثل الفقهاء لهذا الضرر الفاحش الذي يستوجب المنع بأمثلة : منها . الفعل الذي يكون سبباً لهدم بناء جاره، كأن يتخذ في داره طاحونة أو مصنع حديد ، ويثبت بالدليل أن دوران الطاحونة وطرق الحديـــد توهن البناء ، وكأن يحفر في داره بئراً بجوار جدار جاره ، وكأن يحدث بناء يمنع عن جاره الضوء بالكلية ، وما شاكل ذلك .

والواقع أن هذا الأمر ليس محدداً في ذاته [2] ، بل يحتكم فيه إلى العرف ، لأنه يختلف باختلاف الأزمان والأمكنة والأشخاص . فقـــد يكون الضرر فاحشاً بالنسبة إلى شخص دون غيره ، وفي مكان دون آخر ، فطرق الحديد

---

(١) راجع شرح المجلة العدلية ص ١٤٥ ج ٤ :

(٢) حددت المجلة وشروحها الضرر الفاحش بكل ما يمنع الحوائج الأصلية أو يمنع المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى ، او يضر البناء او يجلب عليه وهنا يكون سبب هدمه « مادة ١١٩٩ » .

ضرر فاحش في حي هادىء خال من المصانع بينما لا يعتبر فاحشاً ، بل لا يعتبر ضرراً في مكان أقيمت فيه المصانع .

هذا والذي منعه الفقهاء المتأخرون الفعل الذي يثبت بالدليل أنـــه مضر ضرراً فاحشاً ، أما ما عداه من الأفعال التي يتيقن فيها بعدم الضرر أو لا نجزم فيها بشيء ، وهو المشكوك فيها فمباحة له [1].

جاء في المادة ١٢٠٣ من المجلة [2] « وإذا كان لواحد شباك فوق قامة الإنسان فليس لجاره أن يكلفه بسده لاحتمال أن يضع سلمـــاً وينظر إلى مقر نساء ذلك الجار » .

ولقد سار القانون المدني الجديد على هدى هذا الراي المستحسن عند الفقهاء جاء في شرح القانون للدكتور كامل مرسي ص ٣٢٤ ما يلي :

قنن القانون الجديد التزامات الجوار في المادة ٨٠٧ ، وقد اهتدى في تقرير هـــذه الالتزامات بالشريعة الإسلامية ، وبما قرره القضاء المصري ، فأصبحت

---

(١) راجع رد المحتار لابن عابدين في باب المتفرقات ص ٣٤١ ج ٤ « ص ٥٥٩ في مسائل شتى آخر باب القضاء ، وفيها يقرر استحسان المتأخرين لمنع ما فيه ضرر بين ، وتكلم على ما اشكل امره ، هل يكون مضراً أو لا ، فقال : انه غير ممنوع منه وقياسه على ما اشكل في السفل والعلو قياس مع الفارق ، وعبارته « فالحاق المشكل فيها بالمشكل في الأولى غير صحيـح فافهم » يرد بذلك على صاحب الدر الذي قرر ذلك .

(٢) وفي شرح المجلة : وانما قرر ذلك لقاعدة : لا عبرة بالتوهم ، والتعليل بالاحتمال يفيد انه لو ثبت انه [illegible] كلف بالسد من القاضي .

مستقرة ثابتة لها مصدر معروف هو نص القانون وهذا ما تقرره المادة ٨٠٧ .

(١) على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار .

(٢) وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها ، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف على أن يراعى في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموضع كل منها بالنسبة إلى الآخر ، والغرض الذي خصصت له . ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق .

الملك التـام

خصائصه وأسبابه

لهذا الملك خصائص منها :

١ ـ للمالك مطلق التصرف في العين ومنافعها بكافة التصرفات المشروعة من بيع وإجارة وإعارة وغيرها ، وهذا الاطلاق لا يتقيد بشيء غير عدم الضرر بالغير ، سواء كان الغير فرداً أو جماعة أو الدولة نفسها ، ويظهر ذلك في صور نزع الملك جبراً .

٢ ـ للمالك حق الانتفاع بالشيء المملوك بأي وجه من وجوه الانتفاع غير متقيد بزمان محدد ، ولا بمكان معين ، ولا بشكل معين ما لم يكن ذلك محرماً شرعاً كأن يجعل داره نادياً للقمار مثلاً .

٣ ـ هذا الملك ليس له زمن محدد ينتهي عنده ، لأنه لا يقبل التقيد بالزمان ولا بالمكان ، ولا ينتهي ذلك الملك إلا بانتقاله لغيره بتصرف شرعي ناقل للملك ، أو بالميراث إذا مات المالك ، أو هلكت العين المملوكة .

٤ ـ إذا أتلف المالك الشيء المملوك له لا يجب عليه ضمان ، لأن الضمان حينئذ يكون عبثاً ، وليس معنى ذلك أنه يباح له أن يتلف ماله كيفما شاء ويعفي من المؤاخذة ، بل قد يستحق المؤاخذة إذا قتل حيواناً مملوكاً له فيعزره ولي الأمر ، وقد يحجر عليه إذا ثبت سفهه .

٥ ـ إن ملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط ، فلو أسقط شخص ملكيته لعين

لا تسقط ، وتبقى مملوكة له ، لأن هذا هو السائبة التي أبطلها القرآن ، ولذلك لا يصح الإبراء من الأعيان لما في الإبراء من معنى الإسقاط . فلو غصب شخص عيناً من الأعيان فجاء المغصوب منه وأبرأ الغاصب عن تلك العين لا يصح ويبقى المال ملكاً لصاحبه ، أما لو أتلف الغاصب المغصوب أو تلف منه فإنه يكون مضموناً على الغاصب ، وحينئذ لو أبرأه المغصوب منه صح إبراؤه ، لأنه إبراء من دين في الذمة لا من عين قائمة .

أسباب الملك التام : يثبت الملك التام بواحد من الأسباب الآتية :

١ ـ الاستيلاء على المال المباح .

٢ ـ العقود الناقلة للملكية .

٣ ـ الخلفية . ومعناه أن يخلف شخص آخر فيما كان يملكه ـ وهي تتحقق بالإرث. وهذه الثلاثة محل اتفاق بين الفقهاء ، وعليها اقتصر الكثير منهم [١] .

ومن الفقهاء من يذكر سبباً رابعاً . وهو الشفعة : وهي حق تملك المال

---

(١) فقل صاحب البحر الرائق ص ٢٧٨ ج ٥ عن كتاب الحاوي للمقدسي ما نصه : « الملك الاختصاص الحاجز وأنه حكم الاستيلاء ، لأنه به ثبت لا غير ، اذ المملوك لا يملك لأن اجتماع الملكين في محل واحد لا يتصور ، فلا بد وأن يكون المحل الذي ثبت الملك فيه خالياً عن ملك ، والخالي عن الملك هو المباح ، والمثبت للملك في المباح هو الاستيلاء ، لا غير . وهو طريق الملك في جميع الأموال ، لأن الأصل الإباحة فيها ، وبالبيع والهبة ونحوهما ينتقل الملك الحاصل بالاستيلاء فمن شرط البيع شغل المبيع بالملك حالة البيع حتى لا يصح في مباح قبل الاستيلاء ، ومن شرط الاستيلاء خلو المحل عن الملك وقته ، وبالارث والوصية تحصل الخلافة عن الميت حتى كأنه حي لا الانتقال حتى ملك الوارث الرد بالعيب دون المشتري « أي المشتري من المورث الذي مات ». فالأسباب ثلاثة مثبت للملك وهو الاستيلاء ، وناقل للملك وهو البيع ونحوه ، وخلافة وهو الميراث والوصية . وجاء في المادة ١٣٤٨ ـ من المجلة العدلية ـ « أسباب التملك ثلاثة : الأول الناقل من مالك إلى مالك آخر كالبيع والهبة . والثاني كون واحد خلف آخر كالارث . والثالث إحراز شيء مباح لا مالك له » وهذا إما حقيقي وهو وضع اليد حقيقة على شيء ، واما حكمي وذلك بتهيئة سببه كوضع اناء لجمع ماء المطر أو نصب شبكة لأجل الصيد .

المشفوع من مالكه الجديد ولو جبرا بما قام عليه من الثمن والتكاليف .

وخالفهم آخرون فلم يجعلوه سبباً مستقلاً ، بل أرجعوها إلى أحد الأسباب الثلاثة وهو العقود .

وهذا الخلاف ناشيء عن الخلاف في الشيء المثبت للملك في الشفعة .

أهو الطلب من الشفيع ، أم التراضي بين الشفيع والمالك الجديد أو القضاء عند إبائه التسليم للشفيع بحقه ؟ .

فالأئمة الثلاثة « مالك والشافعي وأحمد بن حنبل » يذهبون إلى أن الملك للشفيع يثبت بطلبه لذلك الحق – على خلاف بينهم في اشتراط دفع الثمن – وهذا الطلب ليس استيلاء ولا عقداً ولا إرثاً ، فتكون الشفعة سبباً رابعاً لها .

والحنفية يذهبون إلى أن الملك في الشفعة لا يثبت بمجرد الطلب ، بل يثبت بأحد أمرين :

١ – التراضي بين الشفيع والمالك الجديد على ذلك ، وهو عقد جديد غير العقد الأول .

٢ – قضاء القاضي عند إبائه وعدم تسليمه ، وهو بمثابة عقد ينوب فيه القاضي عن الممتنع ، وعلى هذا لا تكون الشفعة سبباً جديداً للملك ، بل تكون داخلة في العقود .

ثم إن هذه الأسباب مع اتفاقها في كونها مثبتة للملك التام تختلف من جهات ثلاث . انقسمت تبعاً لها تقسيمات ثلاثة .

فتنقسم أولاً إلى أسباب اختيارية وأخرى جبرية .

فالاختيارية : هي الاستيلاء على المباح ، والعقود ، والشفعة عند من جعلها سبباً مستقلاً ، فإن هذه الأسباب لا تكون إلا باختيار الشخص ، فإذا أقـــدم عليها ثبت الملك .

والجبرية : هي الخلافة التي تتحقق بالميراث ، فان هـذا السبب يثبت الملك فيه جبراً من غير اختيار لا من المالك الأول ولا من المالك الثاني ، لأن الشارع جعل الوارث يحل محل المورث في ملكه المنتهي ، فالملك الجديد امتداد للملك القديم ، ولهذا لا يشترط قبوله . ولو رده لا يرتد ، والذي يثبت فيه الملك بهذا السبب هو المال الباقي بعد تجهيز الميت . وسداد ديونه ، وتنفيذ وصاياه ، وعلى هذا تكون الخلافة في ملك الباقي فقط ، وليست خلافة في كل شيء ؛ فلا يلزم الوارث بسداد دين الميت من ماله الخاص إذا لم تف تركته بذلك لأن الإرث مشروع للتملك لا للتغريم ، ولو جعلناه سبباً للغرامة لكان فيه إجبار الشخص على ما يضره ، ولا يعرف لذلك نظير في تشريع من التشريعات بخلاف الاجبار على ما ينفع فانه معقول إذا لم يكن فيه منّة من أحد .

وتنقسم ثانياً إلى أسباب منشئة للملكية ، وأخرى ناقلة لها .

فالمنشئ للملكية : هو الاستيلاء على المباح ، فانه يثبتها بعد أن لم تكن لان المال المباح قبل الاستيلاء عليه لا يوصف بالمملوكية .

ويدخل في هذا السبب الاستيلاء على الغنائم الحربية ، لان أموال المحاربين تعتبر مباحة ، حيث إن المال المباح هو الذي لم يدخل في ملك يحترمه الشارع ، ولم يوجد مـــا يمنع شرعاً من ملكه ، وملك هؤلاء الاعداء غير محترم في نظر الاسلام في حالة الحرابة [1] .

---

(١) هذا عند الشافعي ، لأنه يرى أنه مال مباح يملك بالاستيلاء عليه ، ولذلك يثبت الملك عنده في الغنائم في دار الحرب للغزاة بمجرد الانتصار والاستيلاء عليها ، ويذهب الحنفية الى =

والناقل للملكية : هي العقود والخلفية ، فان هذين لا يثبت بهما ملك الشخص إلا إذا كان المال الذي ورد عليه العقد أو الميراث مملوكاً من قبل ، فالمال المباح لا يكون محلاً لعقد من العقود ، كما لا يكون ميراثاً لاحد ، فلو باع شخص مالاً مباحاً قبل أن يستولي عليه ويحوزه كان هذا العقد لاغياً ، وكذلك لو وهبه أو جعله مهراً في عقد زواج ، أو تصدق أو أوصى به ، أو وقفه .

ومن هنا اعتبر الفقهاء أول أسباب الملك وجوداً هو الاستيلاء على المباح ، ثم لما ثبت الملك بالاستيلاء جاء بعده النقل بطريق العقد أو الميراث .

وتنقسم ثالثاً إلى أسباب فعلية تتحقق بالفعل فقط ، وأخرى قولية تتحقق بالقول أو ما في معناه ، وثالثة تتحقق من غير أن يكون للمالك دخل فيها .

فالاستيلاء سبب فعلي لا يتحقق إلا بالفعل ، ولهـــذا صح من عديم الأهلية وناقصها ، فالصبي ولو كان غير مميز والمحجور عليه ، وفاقد الاهلية كالمجنون إذا استولوا على المال المباح استيلاء حقيقياً ملكوه ، مع أن العقود الصادرة منهم قد

= أنها لا تملك الا بالاحراز بدار الاسلام فالاستيلاء وحده لا يكفي ، لأنه انما يفيد الملك اذا ورد على مال مباح غير مملوك . ولم يوجد ههنا لأن ملك الكفار قائم حيث ثبت لهم بسبب من الأسباب ، والملك الثابت لانسان لا يزول الا بازالته أو بخروج المحل عن أن يكون منتفعاً به حقيقة بالهلاك أو بعجز المالك عن الإنتفاع به دفعاً للتناقض فيما شرع الملك له ولم يوجد شيء من ذلك ما دامت الأموال موجودة في دار الحرب ، لاحتمال استرداد الكفار لها، ومع وجود الاحتمال لانقطع بثبوت الملك للمسلمين . لأنه لا قطع مع الاحتمال ولا ينقطع الاحتمال إلا بالاحراز بدار الاسلام .

ولأنه لو ثبت الملك فيهـــا بنفس الأخذ والاستيلاء لاشتغلوا بالقسمة ولتسارع كل واحد الى احراز نصيبه بدار الاسلام،فيرجع اليها فتتفرق جمعهم ، وفيه خوف توجه الشر اليهم من الكفار، فتأخر الملك فيها الى مـــا بعد الاحراز بدار الاسلام لهذه الضرورة ، ولذلك فرقوا بين الغنائم والأنفال . فقالوا : ان الأنفال تملك بمجرد الأستيلاء عليها لأنها أخذت بغير قتال ، ولا ضرورة لتأخير الملك عن وجود سببه هنا بخلاف الغنائم فإن الضرورة قائمة فتأخر الملك الى وجود الشرط

راجع البدائع ج ٧ ص ١٢١ وما بعدها .

تكون غير صحيحة ، وقد تتوقف على إرادة اخرى .

والعقد سبب قولي في غالب صوره ، لأن الاصل فيه أن يكون بالقول ، وقد يتحقق بالفعل نيابة عن القول كما في الاشارة والكتابة وغيرهما .

ومن هنا اشترط في إثباته الملك أن يكون العاقد أهلا له [1] .

والميراث يثبت الملك من غير فعل ولا قول من الوارث ولا من المورث . فهو سبب اعتباري جعله الشارع موجباً للملك في بعض الحالات من غير أن يكون لأحد دخل فيه ، ولذلك يثبت للصغير والكبير ، والمميز وغير المميز على حد سواء ، بل يثبت للجنين قبل ولادته .

ولقد عد بعض الفقهاء المعاصرين من أسباب الملك سبباً جديداً ، هو التولد من الماء المملوك .

ونحن إذا أمعنا النظر فيما يتولد من المال المملوك وجدناه لا يعدو أن يكون ثمرة من ثمرات الملك كالمنفعة الحاصلة منه ، ومن خواص الملك التام أن يكون المال بمنافعه وثمراته ملكاً لصاحبه لا يشاركه فيها أحد ، فيكون ملك ما تولد ثابتاً بالسبب الأول الذي ثبت به الملك في أصله ، فمن ملك حيواناً بعقد أو بإرث فانه يملك ذاته وما ينتج منه في المستقبل ، لأن النتاج حين وجوده يكون كالجزء المنفصل ، فلا يحتاج إلى سبب جديد .

والقانون المدني جعل أسباب كسب الملكية سبعة : (١) الاستيلاء على مال ليس له مالك (٢) الميراث وتصفية التركة (٣) الوصية (٤) الالتصاق [2] (٥)

---

(١) راجع الفرق الخامس والثلاثين بين قاعدة الأسباب الفعلية وقاعدة الأسباب القولية من الفروق للقرافي ج ١ ص ٢٠٣ .

(٢) والالتصاق قد يكون في العقار طبيعياً ، وقد يكون بفعل المياه وقد يكون بفعل الانسان بإنشائه مبان على الأرض في ملكه أو في ملك غيره ، وقد يكون في المال المنقول — المواد من ٩١٨ — ٩٣١ .

العقد (٦) الشفعة (٧) الحيازة .

وهي في جملتها تتفق مع أسبابه عند الفقهـــاء ، وليس بينهما تخالف إلا في الالتصاق الذي لم يعرض له الفقهاء في هذا الموضع ، والحيازة التي هي وضع اليد على مال مملوك للغير ، وتقادم العهد عليه [١] .

فان هــذا التقادم يسقط ملك الأول ويثبت الملك للثاني وهو واضع اليد في نظر القانون ، بينما لا يفيد شيئاًمن ذلك في نظر الشريعة ، فلا يزول ملك الأول، ولا يثبت الملك للثاني ، وغاية ما يفيده هو منع سماع الدعوى عند الانكار .

فلو وضع شخص يده على مـــال مملوك لغيره ، وطال عليه الزمن ، ثم جاء صاحبه وطالبواضع اليد به فان أقر من هو في يده بذلكالحق قضى به لمالكه، وإن أنكر . فان كانت المدة طويلة ، ولم يكن هناك عذر يمنعه من المطالبة به في الزمن الماضي لا تسمع هذه الدعوى ، وإن لم تكن طويلة سمعت دعواه .

وإنمــا منعوا من سماع الدعوى في حالة التقادم ، لأن العرف يكذب أمثال هذه الدعاوى

يقول ابن القيم في الطريق الحكمية [٢] : إن من الدعاوى دعوى يقضي العرف بكذبها ، ومثالها :

أن يكون رجلاً حائزاً لدار متصرفاً فيهـــا السنين العديدة الطويلة بالبناء والهدم والاجارة والعمارة ، وينسبها إلى نفسه ، ويضيفها إلى ملكه ، وإنسان حاضر يراه ويشاهد أفعاله طول هذه المدة ، وهو مع ذلك لا يعارضه ولا يذكر

(١) أصل هذا السبب كان في التشريع الروماني ، ثم انحدر إلى التشريعات الأوربية ومنها أخذه القانون المصري .
(٢) ص ٧٨ وما بعدها .

أن له فيها حقاً ولا مانع يمنعه من مطالبته من خوف سلطان ، أو ما أشبه ذلك من الضرر المانع من المطالبة بالحقوق ، ولا بينه وبين المتصرف في الدار قرابة ولا شركة في ميراث أو ما أشبه ذلك مما يتسامح فيه القرابات والضمير بينهم ، بل كان عرياً عن جميع ذلك ، ثم جاء بعد طول هذه المدة يدعيها لنفسه ، ويزعم أنها له ، ويريد أن يقيم بذلك بينة ، فدعواه غير مسموعة أصلاً فضلاً عن بينته ، وتبقى الدار بيد حائزها ، لأن كل دعوى يكذبها العرف وتنفيها العادة ، فانها مرفوضة غير مسموعة .

هذا هو حكم القضاء ، وأما حكم الديانة فلا يحل لواضع اليد الانتفاع بهذا المال بأي وجه ، ويجب عليه رده إلى صاحبه .

ولقد حدد الفقهاء المدة الطويلة — التي لا تسمع بعدها الدعوى بالاجتهاد ، فقيل هي ثلاثون سنة . وقيل ثلاث وثلاثون . وقيل ست وثلاثون .

وقد جعلها القانون خمس عشرة سنة فيما عدا الوقف والإرث ، فإنها فيهما ثلاث وثلاثون سنة . كما جاء في لائحة المحاكم الشرعية بالمادة ـ ٣٧٥ ونصها : « القضاة ممنوعون من سماع الدعاوى التي مضى عليها ١٥ سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعي في عدم إقامتها إلا في الإرث والوقف ، فإنه لا يمنع من سماعها إلا بعد ٣٣ سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعي له وهذا كله مع الإنكار للحق في تلك المدة » .

وإنما قدرها بهذا القدر ليكون متفقاً مع تحديد القانون المدني المدة التي تكسب الملكية فقد جعلها خمس عشرة سنة دون انقطاع في غير الأموال الموقوفة وحقوق الإرث حيث جعلها فيهما ثلاثاً وثلاثين سنة ، وقبل تمام هذه المدة لا تثبت الملكية للحائز فتسمع دعوى الغير [1] .

---

(١) جاء ذلك مبيناً في المواد ٩٦٨ ، ٩٦٩ ، ٩٧٠ من القانون المدني الجديد ونصها ، م ٩٦٨ ـ « من حاز منقولا أو عقاراً دون أن يكون مالكا له أو حاز حقا عينيا على منقول =

هـــذا إجمال لأسباب الملك التام ، وهو يحتاج إلى شيء من التوضيح ، وسنقتصر في هذا الموضع على بيان السبب الأول ، وهو الاستيلاء على المباح ، وأمـــا بيان العقود فسيأتي في الكلام على نظرية العقد ، وأما الخلفية فبيانها يكون في مقرر دراسي آخر غير هذا المقرر .

الاستيلاء على المباح

الاستيلاء على المباح يتنوع تبعـــاً لتنوع الأموال المباحة ، لأن المباح قد يكون أرضاً جرداء ، أو سمكاً في ماء ، أو طيراً في هواء ، أو حيوانات في غابة أو صحراء ، وقـد يكون نباتاً أو شجراً على ظهر الأرض ، أو معادن وكنوزاً في باطنها ، كما أن أحكامهـا تختلف من جهة توقف الملك في بعضها على إذن ولي الأمر وعدم توقفه في بعضهـــا الآخر ، ووجوب حق للدولة في بعض الأنواع ، وعدم وجوب شيء في باقيها . لذلك اقتضى الأمر تقسيمه إلى أربعة أنواع :

١ — إحياء الأرض الموات . ٢ — الاستيلاء على المعادن والكنوز .
٣ — الصيد . ٤ — الاستيلاء عـلى الكلأ والآجام .

إحياء الارض الموات

الأرض إذا كانت غير منتفع بها إما لانقطاع الماء عنها ، أو لغلبته عليها أو

= أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصا به كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة » .

م ٩٦٩ ـ إذا أوقعت الحيازة على العقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكسب خمس سنوات .

م ٩٧٠ ـ في جميع الأحوال لا تكسب الاموال الموقوفة ولا حقوق الارث إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة » .

لفساد طينتها لكونها سبحة، أو كثيرة الحصى، أو غير ذلك من الأسباب التي تمنع من الانتفاع بها تسمى مواتاً تشبيها لها بالحيوان التي بطلت منافعه بموته، والقرآن مصرح بوصف الأرض بالموت في آيات كثيرة [1].

وأما إذا كان ينتفع بها بغير الزراعة بأن جعلت مرفقاً للناس ينتفعون بها كأن تكون موضع إلقاء القمامات أو توضع فيها الأتربة، أو مرعى للماشية، أو محتطباً أو مسيلاً، أو غير ذلك فلا تعتبر مواتاً.

فالأرض الموات إذاً : هي ما كانت غير منتفع بها بأي وجه من وجوه الانتفاع. لكن ذلك لا يكفي لكونها مباحة تملك بالإحياء، بل يشترط وراء ذلك شروط بعضها محل اتفاق الفقهاء، وبعضها موضع خلاف.

فمما اتفقوا عليه : ألا تكون مملوكة [1] لأحـــد، فإذا كانت الأرض مملوكة لشخص وتركها لسبب من الأسباب كبيت تهدم ولم يستطع بناءه، أو أرض ساء استغلالها فأصبحت لا تنتج شيئاً. فتركه لها لا يجعلها مباحة، بل يبقى ملكه قائماً، وتورث عنه إذا مات ما دام معروفاً.

ومن المتفق عليه أيضاً : أن تكون خارجة عن العمران، فإذا كانت داخل العمران فلا تعتبر مواتاً حتى ولو كانت غير منتفع بها بأي مرفق من المرافق.

ومن الشروط المختلفة فيها : كون هذه الأرض بعيدة عن العمران. شرط

---

(١) منها قوله تعالى « وما أنزل الله من السماء من ماء فأحيا به الارض بعد موتهـــا » البقرة - ١٦٤.

وقوله « الله أنزل من السماء ماء فاحيا به الارض بعد موتها » النحل - ٦٥.

وقوله « وينزل من السماء ماء فيحيي به الارض بعد موتها » الروم - ٢٤.

وقوله « وما أنزل الله من السماء من رزق فاحيا به الارض بعد موتها » الجاثية - ٥

(١) المراد بغير المملوكة : الارض التي لم تدخل في ملك احد في الاسلام ولو كان ذميا.

ذلك أبو يوسف من الحنفية ، ووافقه الإمام أحمد بن حنبل ، وخالف محمد بن الحسن في ذلك . وقال : إن الارض الموات التي لا ينتفع بها الناس تملك بالإحياء وإن كانت قريبة من العمران ، وهو ظاهر الرواية في مذهب الحنفية ، ووافقه الشافعي في ذلك ، وعلى هذا تكون الأرض المجاورة للمدن التي لا ينتفع بها الناس بالفعل مواتاً على هذا الرأي . فالمعتبر هو الانتفاع بالفعل وعدمه ولا يكون مواتاً على الرأي الأول . لأن أصحابه نظروا إلى أن الأرض القريبة من العمران هي حق للناس كلهم ، وهي صالحة لانتفاعهم بها في وقت من الأوقات فالمعتبر عندهم هو مظنة الانتفاع ، ويتحقق ذلك بالقرب [1] .

ثم إن أصحاب هذا الرأي اختلفوا في تحديد البعد .

فمنهم من حدده بمقدار معين ، ومنهم من فوضه إلى العرف وهو أوجه ، لأن التحديد تقدير ، وهو لا يعرف إلا بالنص فاذا لم يوجد يترك للعرف .

وبعد هذا تعرف الأرض الموات التي تملك بالإحياء . بأنها الأرض غير المنتفع بها بوجه من وجوه الانتفاع الخارجة عن العمران البعيدة عنه وليست مملوكة لأحد .

بم يكون الاحياء ؟

والإحياء يكون بجعلها صالحة للانتفاع بها بإزالة السبب المانع من الانتفاع ، فإذا كان سبب مواتها انقطاع مائها يكون إحياؤها بجر الماء إليها كحفر ترعة توصل إليها الماء . أو حفر بئر فيها ، وإذا كان السبب غمر الماء لها يكون إحياؤها بتجفيف الماء وبناء السدود حولها حتى لا يطغى عليها الماء مرة

(١) أنظر أحكام المعاملات للاستاذ علي الخفيف .

أخرى ، وإذا كان فساد تربتها يكون الإحياء بحرثها وريها وإصلاح هذه التربة الفاسدة .

وإذا كانت الأرض تراد للبناء يكون إحياؤها ببناء سور عليها ، وتقسيمها لتكون معدة للبناء عليها ، وهكذا في كل نوع بما يناسبه .

وروي عن الإمام أحمد أن الاحياء يكون بما تعارفه الناس إحياء ، ولا يشترط في تحقيقه نوع خاص من الاصلاح .

وهذه الرواية هي الأقرب إلى قواعد الشريعة ، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم علق الملك على الاحياء ، ولم يحدده بفعل من الأفعال وما دام العرف هو صاحب السلطان في هذا نحتكم إليه ، ولا شك أن العرف في مثل ذلك يختلف باختلاف الأزمة والأمكنة ، فقد يعد الفعل إحياء في زمن ، أو في مكان بينما لا يعد إحياء في غيره .

وقد اتفق الفقهاء على أن الاحياء لا بد وأن يكون بفعل يجعلها منتفعاً بها؛ فلو فعل المستولي عليها فعلا لا يجعلها منتفعاً بها كأن سورها بوضع الأحجار حولها ، أو وضع علامات تثبت سبق يده إليها ، أو قطع ما بها من حشائش ، أو تنقية ما بها من أشواك ، ثم تركها على ذلك لا يكون فعله إحياء ، بل يسمى في عرف الفقهاء بالتحجير ، وسمي بذلك إما لأنهم كانوا يضعون الأحجار حولها وإما لأنه بفعله هذا قد حجر على غيره إصلاحها .

أثر هذا التحجير : ولا يثبت بهذا التحجير ملك ، بل يجعل صاحبه أولى باحيائها من غيره ، وينتظر عليه مدة ثلاث سنين ، فان أحياها فيها ملكها ، وإلا أخذت منه وأعطيت لغيره ، لانه يتبين في هذه الحالة أنه عاجز عن إحيائها أو متعنت في فعله ، ومثل هذا يكون تضييعاً للمصالح على نفسه وعلى غيره .

وأما تحديد مدة الانتظار بثلاث سنين فبقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه:

« ليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين » ، قال هــذا قضاء في خصومة [1] رفعت إليـــه .

هذا ما اتفق عليه الفقهاء في هذا الموضع ، وهو أنه يمهل مدة ثلاث سنوات، ثم تؤخذ منه جبراً عنه إذا لم يقم بإحيائها ، ولكنهم اختلفوا في مدى الحق الثابت في هذه المدة ، أيكون مانعاً للغير مطلقاً بحيث لو أحياها غيره في خلال المدة لا يملكها بهذا الإحياء ، أم لا يكون مانعاً للغير ، بل يكون هو صاحب الأولوية في الإحياء فقط ؟ ، رأيان ولكل وجهة .

وبعد ذلك : هل يكون الإحياء وحده سبباً للملك ولو لم يأذن الإمام ، أو لا بد من الإذن مع الإحياء ؟

اختلف الفقهـاء في ذلك ، فذهب أبو يوسف ومحمد والشافعي وأحمد إلى أن الأرض الموات من الأموال المباحة ، وهي لا تحتاج في تمليكها إلى إذن من الإمام فكذلك الأرض الموات ، ولأن الحديث الذي بين الطريق التي تملك بهـا لم يقيد ذلك بالإذن .

ولفظه كما جاء في صحيح البخاري عن عائشة أن النبي ﷺ قال : « من أعمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق بهـا » . وفي رواية أخرى : من أحيا أرضاً

---

(١) جاء في نصب الراية ص ٢٩٠ جـ ٤ في كتاب احياء الموات : ان النبي صلى الله عليه وسلم أقطع ناساً من جهينة أرضاً فعطلوها وتركوها فأخذها قوم آخرون فأحيوها ، فخاصم فيهـا الأولون إلى عمر بن الخطاب فقال : لو كانت قطيعة مني أو من أبي بكر لم أرددها ولكنهـا من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : « من كانت له أرض فعطلها ثلاث سنين لا يعمرها فعمرها غيره فهو أحق بها » .

والرواية الأخرى رواها أبو يوسف في كتاب الخراج بلفظ : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين » .

ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق »[1] ، وفي رواية ثالثة : « الأرض أرض الله والعباد عباد الله ، من أحيا أرضاً مواتاً فهي له » .

فهذا الحديث برواياته المختلفة يدل على أن الإحيـــاء وحده كاف في ثبوت الملكية ، ولو كان إذن الإمام لا بد منه لجاء ذلك في رواية من الروايات .

وذهب أبو حنيفة إلى أن الملك لا يثبت بمجرد الإحياء بل لا بد من إذن الإمام أو نائبه ، واستدل له بحديث : « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه » وأن الأرض وإن كانت مباحة إلا أنه قد يتزاحم الناس عليها فتقع الشحناء بينهم فمنعاً لهذا يشترط إذن الإمام لأنه بما له من الولاية العامة يستطيع قطع أسباب الخصام فلا يأذن إلا بما ليس فيه ضرر .

ونحن إذا ألقينا نظرة على ما استدل به لكل من الرأيين نجد الحديث الأول « من أحيا أرضاً مواتاً فهي له » صريح في ثبوت الملك بمجرد الإحياء ، فاشتراط إذن الإمـام محتاج إلى نص يقيد هـــذا الحديث يكون مساوياً له ، وحديث « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه » لا يساويه لأنه ضعيف[2] ، فيبقى الحديث الأول سالماً عن المعارض .

وقولهم في الاستدلال للإمام : إنه قد يتزاحم الناس عليها فتقع الشحناء بينهم فتحتاج إلى إذن الإمام لفض هذا النزاع . قولهم هـذا لا يصلح أن يكون دليلا لاشتراط الإذن في كل صورة ، بل يكون اشتراطه عند مظنة التنازع أو وقوعه

---

(١) سبب هذا الحديث أن رجلا زرع نخلا في أرض مملوكة لآخر فاختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقضى لصاحب الأرض بأرضه ، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها. قال الراوي: « فلقد رأيتها وإنها لتضرب أصولها بالفؤوس وإنها لنخل عم » رواه أبو داود والدارقطني . وعم بضم العين وفتحها وتشديد الميم جمع عميمة وهي الطويلة . ومعنى الحديث على هـذا : ليس لجذور شجر ظالم حق البقاء في أرض اغتصبها .

(٢) صرح بذلك صاحب نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية .

بالفعل ، وهذا ما صرح به أبو يوسف : أما أنا فأرى إذا لم يكن ضرر على أحد ولا لأحد فيه خصومة أن إذن رسول الله ﷺ جائز إلى يوم القيامة ، فإذا جاء الضرر فهو على الحديث « ليس لعرق ظالم حق » .

وبهذا ينتهي الخلاف إلى ترجيح القول بعدم الإشتراط إلا في صورة الضرر أو الخصومة .

ومما ينبغي التنبيه عليه أنه لا يوجد في مصر الآن أرض موات بالمعنى الذي عناه الفقهاء ، لأن أراضيها غير المملوكة للأفراد أو الشركات والموقوفة مملوكة للدولة ، ولها وحدها حق تمليكها لمن تشاء بعوض أو بغير عوض [1] .

٢ – الاستيلاء على الركاز « المعادن والكنوز » .

ألفاظ ثلاثة تذكر في هذا الموضع ركاز ، ومعادن ، وكنوز ، تكلم الفقهاء عن أحكامها ، واختلفوا فيها تبعاً لاختلافهم في معانيها ، ولنبدأ ببيان معانيها اللغوية أولاً ثم نتبع ذلك ببيان معانيها عند الفقهاء ومنشأ اختلافهم .

الركاز في اللغة [2] جمع ركزة ، وهو ما ركز في باطن الأرض سواء كان بخلق الله كالفلزات من الذهب والفضة والحديد والنحاس ، وغيرها التي تعتبر

---

(١) فالمادة ٨٧٤ من القانون الجديد تصرح :
بأن الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها تكون ملكاً للدولة .
وأنه : لا يجوز تملك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقاً للوائح .

(٢) جاء في القاموس في مادة ركز . الركزة ثبات العقل ، وواحد الركاز ، وهو ما ركزه الله تعالى في المعادن ، أي أحدثه كالركيزة، ودفن أهل الجاهلية، وقطع الذهب والفضة من المعدن.
وفي أساس البلاغة ، والركاز المعدن والكنز ومثله في مختار الصحاح ،
وفي القاموس في مادة كنز . والكنز المال المدفون ، وقد كنزه يكنزه ، والذهب والفضة وما يحرز به من المال ، ومثله في المختار .

جزءاً من الأرض ، أو كان بصنع الناس ، وهي الأشياء التي يدفنها الناس فيها وليست جزءاً منها .

والنوع الأول يسمى معادن مجازاً تسمية للشيء باسم محله ، لأن المعدن في اللغة[1] منبت الجواهر من ذهب ونحوه لإقامة أهله فيه دائماً ، أو لإنبات الله عز وجل إياه فيه ، والثاني يسمى كنزاً . فالركاز شامل للمعادن والكنوز .

هذا هو المعنى اللغوي ، ولكن الفقهاء اختلفوا — فمنهم من سار على وفق اللغة وجعل الركاز شاملاً للنوعين . ومنهم من خصص الركاز بالكنز المدفون في الجاهلية فقط . فالمعادن المخلوقة في الأرض لا تسمى ركازاً على هذا الرأي . وكذلك الكنز المدفون بعد ظهور الإسلام .

فالحنفية يذهبون إلى الرأي الأول ، ومعهم بعض فقهاء العراق [2] وذهب آخرون . منهم الإمام مالك والشافعي[3] إلى أن الركاز هو دفن الجاهلية ، أي ما دفنه أهل الجاهلية فقط ، وأما المعدن فلا يسمى ركازاً في اصطلاحهم .

ويظهر أثر هذا الإختلاف في الإختلاف فيما يجب فيه الخمس للدولة مما يوجد في بطن الأرض . فمن قصر الركاز على ما دفنه أهل الجاهلية لم يوجب الخمس إلا يه ، ومن جعله شاملاً للنوعين أوجب الخمس فيهما .

وأيّاما كان هذا الاختلاف فنحن نبين المراد بلفظي المعادن والكنوز وآراء الفقهاء في كونهما من الأموال المباحة ، ولمن يؤول الملك فيهما .

---

(١) في القاموس : والمعدن منبت الجواهر من ذهب ونحوه لإقامة أهله فيه دائماً ، لانبات الله عز وجل إياه فيه .

(٢) راجع البدائع جـ٢ ص٦٥ والبحر الرائق جـ ٢ ص ٢٥١ .

(٣) راجع الموطأ بشرح الباجي جـ ٢ ص ١٠٤ ، وشرح الرسالة للنفراوي جـ ٢ ص ٤٧ .

أما المعادن : وهي المخلوقة في الأرض يوم خلقت سواء كانت صلبة كالحديد والرصاص والذهب والفضة والماس والياقوت والفحم الحجري وغيرهـــا ، أو سائلة كالزئبق والنفط وسائر الزيوت المعدنية ، فاختلف الفقهاء فيها في موضعين:

الأول : هل تعتبر من الأموال المباحة التي تملك بالاستيلاء عليها أولا ؟

الثاني : هل يجب فيها حق للدولة إذا وجدها شخص في أرض ليست مملوكة وما هو هذا الحق ؟ .

أما الموضع الأول : فللفقهاء فيه آراء متشبعة نقتصر منها على رأيين فقط ، فالمالكية في أشهر أقوالهم يرون أن المعادن كلها لا تملك بالاستيلاء عليها كما لا تملك تبعاً لملكية الأرض ، ذلك لأن الأرض في أول أمرها بعد الفتح الإسلامي ملكت للمسلمين باعتبارها مغنومة لهم ، ولما وزعها الإمام على الغانمين ملكوا ظاهرها فقط ، لأن الأرض إنما تقصد للانتفاع بظاهرها بالزراعة أو بالبناء ،ولا تقصد لما فيها من المعادن ، وحينئذ بقي ما كان في باطنها من جميع المعـادن على ملك المسلمين عامة ، وهذا النوع مفوض للإمام « ولي الأمر » يتصرف فيه حسبما تقضي به مصلحة الدولة ، فله أن يستغلها بعماله لصالح الدولة ، وله أن يقطعها للافراد ، أو للشركات نظير مال أو مجاناً إن كانت المصلحة في ذلـــك ، وهذا الإقطاع ليس على سبيل التمليك ، وإنما على سبيل الانتفاع مدة معينة ،أو طول الحياة ، ولهذا لا تورث ، وهذا الحكم عام فيما كان منها في أرض مملوكة أو غير مملوكة .

وذهب الحنفية والشافعية والحنـابلة في إحدى الروايتين عنهم إلى أن هذه المعادن بجميع أنواعهـــا إن وجدت في أرض مملوكة لشخص أو للحكومة فهي للمالك ، لأنها تابعة للأرض لجزئيتها ، والأرض إذا ملكت ملكت بجميـــع أجزائها ، وإن كانت في أرض غير مملوكة فهي للواجد ، لأنها مباحة تبعاً للأرض ،

وإن كانت في أرض موقوفة كانت تبعاً للوقف،فتكون موقوفة كذلك فتصرف في مصالح الوقف لا للمستحقين لأنها ليست من غلات الأرض .

فيستخلص من هذا أن الفقهاء متفقون على أن المعادن جزء من الأرض لكنهم مختلفون في مساواة هذا الجزء لأجزائها الأخرى ، بحيث يأخذ أحكامها فالمالكية يرون أنه جزء منفرد عن اجزائها الأخرى ، فلا يتبع الأرض في ملكيتها ولا إباحتها . فالأرض تملك بغيره ، وإذا كانت مباحة لم يكن ما فيها من معادن مباحاً ، وعلى هذا لا يكون الاستيلاء على المعادن سبباً من أسباب الملكية .

والجمهور ينظرون إليه على أنه جزء كبقية الأجزاء فيأخذ حكمها ملكاً وإباحة ، وعلى ذلك يكون الاستيلاء على المعادن سبباً من أسباب الملك التام إذا كانت في أرض غير مملوكة .

أما الموضع الثاني : وهو الحق الذي يجب فيها، والكلام في هذا مع القائلين بأنها تملك بالاستيلاء .

والخلاف في هذا الموضع في وجوب الخمس للدولة على من يؤول الملك إليه أو عدم وجوبه ، فغير الحنفية يرون أنه لا يجب فيها الخمس ، بل يجب فيها الزكاة فقط[1] .

وإنما لم يوجبوا الخمس ، لأن الحديث. أوجب الخمس للدولة في الركاز دون

---

(١) وهذا قدر متفق عليه بينهم وقد اختلفوا فيما يجب فيه منها ، فمنهم من قصره على الذهب والفضة ، لأن الزكاة شرعت فيها دون بقية المعادن وهم الشافعية ، ومنهم من أوجبها في جميع المعادن كالحنابلة، ولهم خلافات فرعية كاشتراط كون المستخرج بلغ نصاب الزكاة وعدمه، وكاشتراط حولان الحول على ذلك المستخرج في ملك مالكه وعدم اشتراطه .

المعدن والواجبات الشرعية لا تثبت بدون دليل . بل إن الدليل ينادي بأنه لا يجب فيها الخمس ، والحديث هو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « العجماء جبار والمعدن جبار والبئر جبار وفي الركاز الخمس » [1] .

ومعنى جبار عندهم ، لا شيء فيه ، ثم إنهم أوجبوا فيها الزكاة بعموم أدلة الزكاة .

والحنفية أوجبوا في المعادن الخمس بالحديث السابق ، لأن الركاز عندهم يشمل المعادن والكنوز كما هو مقتضى اللغة ، ثم قالوا: إن معنى جبار هدر لا دية فيه ، وكان مقتضى ذلك أن يكون الخمس واجباً عندهم في كل معدن إلا أنهم

---

(١) هذا الحديث رواه الجماعة عن أبي هريرة كما في المنتقى بشرح نيل الأوطار ج ٤ ص ١٢٥ ، ورواه أبو يوسف في كتاب الآثار ص ٨٩ مرسلا بلفظ عن أبي يوسف عن أبي حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: العجماء جبار ، والقليب جبار ، والمعدن جبار.

وفسر محمد بن الحسن هذا الحديث في كتابه الاثار قال : « والجبار الهدر إذا سار الرجل الدابة فقتلت رجلاً أو جرحته فذلك هدر ، والعجماء : الدابة المنفلتة ليس لها سائق ولا راكب تطأ رجلا فتقتله فتلك هدر ، والمعدن والقليب : الرجل يستأجر الرجل يحفر بئراً أو معدناً فيسقط فيموت فذلك هدر .

وفي كتاب الخراج ص ٢٢ قال أبو يوسف: وحدثني عبدالله بن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن جده قال : كان أهل الجاهلية إذا عطب الرجل في قليب جعلوا القليب عقله ، واذا قتلته دابة جعلوها عقله ، واذا قتله معدن جعلوه عقله ، فسأل سائل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال له : العجماء جبار ، والمعدن جبار ، والبئر جبار ، وفي الركاز الخمس فقيل له: ما الركاز يا رسول الله فقال : الذهب والفضة الذي خلقه الله في الارض يوم خلقت . ويقول الشوكاني في نيل الاوطار جـ ٥ ص ٢٧٥ في باب جناية البهيمة عند تفسيره جبار بهدر: وظاهره أن جناية البهائم غير مضمونة ، ولكن المراد اذا فعلت ذلك بنفسها ولم تكن عقورا ولا فرط مالكها في حفظها حيث يجب عليه الحفظ وذلك في الليل ، وكذلك أسواق المسلمين وطرقهم ومجامعهم يدل عليه الحديث الذي رواه النعمان بن بشير قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من وقف دابة في سبيل من سبل المسلمين أو في سوق من أسواقهم فاوطأت بيد أو رجل فهو ضامن» رواه الدارقطني — اهـ والمسالة مختلف فيها بين الفقهاء.

قصروا إيجابه على نوع منها بعد أن قسموها إلى ثلاثة أنواع :

١ ـ معادن صلبة تتمدد بالحرارة قابلة للطرق والسحب تصنع منها الصفائح والأسلاك كالحديد والنحاس والقصدير والذهب والفضة وما شابهها .

٢ ـ معادن صلبة لا تقبل ذلك كالماس والياقوت والفيروزج والفحم الحجري وما شابهها .

٣ ـ معادن سائلة . كالزئبق والنفط « البترول » وجميع الزيوت المعدنية ثم أوجبوا الخمس في النوع الأول دون الآخرين ، ووجهتهم في ذلك أن هذه الأنواع وإن كانت معتبرة كأجزاء الأرض إلا أنها تختلف في هـــذا المعنى ، فالمعادن الصلبة التي لا تقبل الطرق والسحب ما هي إلا أحجار من جنس الارض فأشبهت الحجر والطين والتراب ، والمعادن السائلة تشبه الماء ، والحجر والطين والتراب والماء لا يجب فيها شيء فكذلك ما يشبهها .

وأما النوع الأول فلا يشبه شيئاً من أجزاء الأرض فيبقى هو المراد بالركاز في الحديث[1] . لأن كلمة الركاز ملاحظ في معناها الركز والدفن والذي يعتبر دفيناً مركوزاً هو ما لم يكن من جنسها .

والخمس الذي يؤخذ يكون لبيت المال « الخزانة العامة » ليصرف في المصالح العامة ، وباقيه وهو أربعة أخماسه يكون للواجد إن وجد في أرض غير مملوكة ، ولمالك الأرض إن كان في أرض مملوكة ، وأما النوعان الآخران من المعادن فلمالك الأرض أو للواجد .

---

(١) وفي هذا يقول أبو يوسف في كتاب الخراج : انما الخمس في الذهب الخالص والفضة الخالصة والحديد والنحاس والرصاص ، ربعد أن بين أنه لا يجب الخمس إلا بعد تصفيته قال ، وما استخرج من المعادن سوى ذلك من الحجارة مثل الياقوت والفيروزج والكحل والكبريت والمغرة فلا خمس في شيء من ذلك ، انما ذلك كله بمنزلة الطين والتراب . وراجع أيضا المبسوط ج ٢ ص ٢١٣ .

هذا حكم معادن الأرض . وأما معادن البحار ولآلئها كالعنبر [١] والمرجان واللؤلؤ . فذهب مالك والشافعي وأبو حنيفة [٢] ومحمد بن الحسن وأحمد بن حنبل في أظهر الروايات عنه إلى أنـــه لا يجب فيها شيء .. وهي ملك لواجدها وأبو يوسف يوجب الخمس في الحلية والعنبر لورود الأثر بذلك .

الكنز : وأما الكنز « فهو مـــا دفنه بنو آدم سواء أكان في الجاهلية أم في الإسلام » « باتفاق الفقهاء » وهو نوعان إسلامي وجاهلي .

فالاسلامي : ما وجد به علامة أو كتابة تدل على أنه دفن بعد ظهور الإسلام ، مثل كلمة الشهادة ، أو المصحف ، أو آية قرآنية أو اسم خليفة أو ملك مسلم ، أو غير ذلك من علامات الإسلام ، أو دل الدليل على ذلك [٣]

والجاهلي : هو ما وجد عليه كتابة أو علامة تدل على أنه دفن قبل الاسلام كأن وجد عليه صورة صنم أو وثن ، أو اسم ملك من ملوكهم أو غير ذلك من علاماتهم . أو علم بالدليل أنه كذلك .

والمشتبه فيه : وهو ما لم يتبين بالدليل أنه إسلامي أو جاهلي ، اختلف فيه فقهاء الحنفية ، فالمتقدمون منهم قالوا : إنه جاهلي ، والمتأخرون قالوا : إنه

---

(١) العنبر هو حشيش البحر ، واللؤلؤ شيء يخلق في الصدف والصدف حيوان ، والمرجان فسره الواحدي بعظام اللؤلؤ ، وأبو الهيثم بصغارها ، وآخرون بخرز أحمر وهو قول ابن مسعود وهو المشهور في عرف الناس ، وقال الطرطوشي : هو عروق حمر تطلع من البحر كأصابع الكف هامش المختار عن تاج العروس .

(٢) راجع البدائع ج ٢ ، ص ٢٥٣ ، والمغنى لابن قدامة ص ٣٧ ج ٣ ، وشرح رسالة ابن أبي زيد ص ٤٧ ج ٢ .

(٣) واذا وجد عليه علامة ذمي يأخذ حكم الاسلامي فيكون بمثابة اللقطة . راجع رسالة ابن ابي زيد ص ٤٧ ج ٢ . وفيها يقول : لانه محترم بحرمة الاسلام لدخوله تحت حكم المسلمين

إسلامي لتقادم العهد بالاسلام فيغلب على الظن أنه دفن بعد الاسلام

وإن وجد كنز مختلط بعض أجزائه عليه علامات الاسلام ، والبعض الآخر عليه علامات الجاهلية فهو إسلامي ، لأن الظاهر أنه ملك مسلم ،ولم يعلم زوال ملكه[1]

هذا هو الحد الفاصل بين الكنز الجاهلي والاسلامي ، ولكل منهما أحكام خاصة .

أما الاسلامي : فهو لا يزال على ملك صاحبه ، وليس مالا مباحاً ، فلا يخمس بل يأخذ حكم اللقطة « وهي المال الضائع الذي يجده شخص غير مالكه ، فيجب تعريفه المدة المقررة[2] في الاسلام ، فإن وجد صاحبه ، أو ورثته سلم إليهم . وإلا تصدق به واجده على الفقراء ،ويحل له أن ينتفع به إن كان فقيراً ، هذا رأي الحنفية .

ومن الفقهاء من يرى أنه إذا عرفه واجده المدة المقررة ولم يعثر على صاحبه جاز له أن يتملكه وينتفع به ، ومع هذا قالوا : إن صاحبه إن ظهر بعد ذلك وجب رده إليه إن كان موجوداً ، أو قيمته إن لم يكن موجوداً[3] .

---

(١) نص عليه الامام أحمد كما في المغنى ص ١٨ ج ٣ .

(٢) هذه المدة تختلف باختلاف المال ، فان كان يسيراً عرفها ثلاثة أيام ، وان كان له قيمة كبيرة عرفها سنة ، وقيل غير ذلك ، والتعريف يكون في المكان الذي وجدها فيه ، أو في الأماكن العامة كابواب المساجد ، والمدارس وغيرها

(٣) وسبب الاختلاف هو اختلافهم في فهم الأحاديث الواردة في اللقطة وما في بعضها من زيادات ، فقد روى أحمد وابن ماجه وأبو داود والنسائي عن عياض بن حمار قال رسول الله : من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل أو ليحفظ عفاصها ووكاءها فان جاء صاحبها فلا يكتم

وأما الجاهلي : فقـــد اتفق الأئمة على أن خمسه لبيت المال على اختلافهم في بعض التفصيلات .

وأما باقيه وهو الأربعة الأخماس ، فآراء الأئمة مختلفة فيه.

فقيل : إنها تكون للواجد سواء كانت الأرض مملوكة أو لا ، لأنه هو الذي أوجده وأظهره .

وقيل : إنها للواجد بشرط أن يكون في أرض غير مملوكة أو في أرض ملكها هو بالاحياء . فإن كان في أرض مملوكة لغيره فلا شيء للواجد بل ولا للمالك الحالي وإنما تكون لأول مالك لها في الاسلام أو ورثته إن عرفوا ، وإلا فلبيت المال ، وذلك لأن المالك الأول ملك الأرض وما فيها بالحيازة . ولما باعها ملك المشتري ظاهرها فقط ، ولم يقصد تمليكه ما فيهـــا من كنوز ، فبقي الكنز على ملكه ، كمن اصطاد سمكة وفي جوفها لؤلؤة فإنه يملكها وما في جوفها بخلاف ما إذا اشتراها فإنه لا يملك اللؤلؤة . بل تكون لصائدها [1] .

هذا والقـانون المدني اعتبر الكنز [2] مطلقاً قديماً كان أو حديثاً ملكاً لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز ، لا فرق بين أن يكون المالك شخصاً أو شركة أو حكومة وليس لواجده شيء ، وهـــذا إذا لم يعلم له صاحب ، فإذا علم صاحبه

= فهو أحق بها وإن لم يجيء صاحبها فهو مال الله يؤتيه من يشاء » وحديث زيد بن خالد وقد تقدم برواياته في الكلام على فقه الصحابة . وحديث أبي بن كعب وفيه : « فإن جاء أحد يخبرك بعدتها ووكائها فأعطها اياه وإلا فاستمتع بها » .

(١) راجع المبسوط ج ٢ ص ٢١٤ .

(٢) جاء ذلك في المادة ـ ٨٧٢ ـ ونصها : ١ ـ الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته. ٢ ـ والكنز الذي يعثر عليه في عين موقوفة يكون ملكاً خاصاً للواقف ولورثته . ٣ ـ الحق في صيد البحر والبر واللقطة والأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة .

وجب تسليمه اليــــه ، وإذا كان في عين موقوفة يكون ملكاً خاصاً للواقف ولورثته ، كما نص على أن الحق في الصيد برياً أو بحرياً واللقطة والأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة .

٣ – الصيد : الصيد مصدر صـــاد يقول صاد الرجل الحيوان صيداً إذا اقتنصه وأخذه بحيلة ، ويطلق على مـــا يصاد ، ويجمع على صيود والمصيدة والمصيد آلة الصيد جمعها مصايد .

فالصيد يطلق باطلاقين :

الأول : على الحيوان أو الطير الممتنع على الانسان الذي لا يمكن أخذه إلا بحيلة ، وامتناعه إما لطيرانه في الهواء ، أو لسبحه في الماء ، أو فراره في الفلاة ، أو اختفائه في الغابات ، أو تأبده. أي « توحشه » ، فما دام بهذه الحالة يسمى صيداً سواء كان مأكول اللحم أو لا ، فإذا خرج عـــن الامتناع بوقوعه في المصيدة لا يسمى صيداً ، كما لا تسمى الحيوانات والطيور المستأنسة صيداً .

والثاني : أخذ ذلك الحيوان وقنصه بحيلة .

هذا الحيوان المسمى صيداً مال مباح يملك بالاستيلاء عليه إلا صيد الحرم ، فإنه لا يملك بالاستيلاء عليه ، بل لا يحل الاقدام على اصطياده [١] .

وهذا الفعل وهو الاصطياد مباح شرعاً في غير الحرم لغير المحرم . أما المحرم فلا يحل له هذا الفعل .

---

(١) الحرم دائرة محدودة من الأرض تحيط بالكعبة إذا دخلهـــا الصيد كان آمناً . لا يحل اصطياده لا من المحرم ولا من الحلال ، فلو فعل أحدهما ذلك وجب عليه إرساله ، لأنه غير مباح فلا يملك بالاستيلاء عليه ، بل يجب الجزاء على المحرم .

وقد ورد في القرآن [1] آيات تحل الصيد وتمنع المحرم منه وتمنع صيد الحرم والصيد يكون سبباً في تملك الصيد . كما يكون سبباً في حل أكله إذا كان من الحيوانات التي تؤكل متى توافرت شروط حله ، كتسمية الله عند إرسال آلة الصيد كلباً أو صقراً أو سلاحاً ، وأن يكون الحيوان الذي يرسله للصيد معلماً الخ الشروط .

ثم إن الصيد يفيد الملك إذا تحقق به الاستيلاء على الصيد ، وحينئذ لا يجوز لغير الصائد أن يأخذه ، فإن أخذه أجبر على رده للمالك وهو من صاده ، غير أن الاستيلاء نوعان حقيقي وحكمي :

فالحقيقي : يكون بإمساك الصيد باليد ، أو بالاقتراب [2] منه وهو في مصيدته التي نصبها الصائد بحيث لو مد يده إليه لأمسكه ، وهذا النوع من الاستيلاء يفيد ملكاً مستقراً ، ولا يحتاج إلى قصد فلو مد يده ليتناول شيئاً فأمسك صيداً ملكه ، فإذا انفلت الصيد بعد ذلك من صائده لا يخرج عن ملكه فلو صاده غيره لا يملكه ، لأن بعد الاستيلاء الأول صار مالا مملوكاً غير مباح للناس ، وحينئذ يجب رده إلى مالكه الأول إن كان به علامة تدل على ذلك . فإن لم يكن به علامة كان في حكم اللقطة فيجب تعريفه على التفصيل السابق .

---

(١) قال تعالى في سورة المائدة : « يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم غير محلى الصيد وأنتم حرم إن الله يحكم ما يريد » ، وفيها « وإذا حللتم فاصطادوا » وفيها : « أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً واتقوا الله الذي إليه تحشرون » .

(٢) في الفتاوي الهندية نقلا عن الظهيرية . ولو أن صيداً باض بأرض رجل : أو تكنس فيها . وجاء آخر وأخذه فهو له . هذا إذا كان صاحب الأرض بعيداً عن الصيد بحيث لا يقدر على أخذه لو مد يده : أما إذا كان قريباً بحيث لو مد يده أخذه فهو لصاحب الأرض ، وفيها اذا حفر بئراً ولم يقصد الاصطياد فوقع الصيد فيها فجاء آخر وأخذه . أن دنا صاحب البئر من الصيد بحيث لو مد يده لأمسكه لا يملكه الثاني والا فهو لمن أخذه .

والإمام مالك رضي الله عنه يشترط في عـــدم زوال ملك الأول استئناس الصيد عند صائده الأول ، فإن لم يستأنس عنده وفر زال ملكه [1] .

والاستيلاء الحكمي : يكون باستعمال وسيلة لإخراج الصيد عن امتناعـــه وتهيئته لأن توضع اليد عليه بالفعل أو بالقوة . مثل ما إذا ضربه بسلاح أحدث به جرحاً يمنعه من الفرار ، أو وضع شبكة فتعلق بها صيد ، أو حفر بئراً وقع فيها غزال لا يستطيع الخروج منه .

وهذا النوع من الاستيلاء يفيد الملك لكنه غير مستقر ، فلو انفلت الصيد من الشبكة أو المصيدة قبل أن يجيء صاحبها رجع إلى حالته الأولى ، وكان مباحاً فلو صاده شخص بعد ذلك ملكه ، أما إذا جاء صاحبها وأخذه بيده ، أو كان قريباً منه بحيث لو مد يده إليه أخذه ثم فر بعد ذلك لا يخرج عن ملك الأول ، لأنه استولى عليه استيلاء حقيقياً ، وهو يفيد ملكاً مستقراً .

وإفادته الملك مقيدة بشرطين ـ ١ ـ أن يقصد بهذا العمل الصيد ـ ٢ ـ أن يكون عمله معجزاً للصيد عن الفرار ، أو لا يحتاج في أخذه إلى استعمال وسيلة أخرى .

فلو أعد شخص بركة لصيد السمك ، وكان فيها ماء كثير لا يمكن أخذ السمك منها إلا بحيلة كان السمك غير مملوك لصاحبها ، وكذلك لو سد مجرى الماء ليصطاد سمكة ، وكان الماء كثيرا ، أو كان المجرى واسعاً لا يكون مالكاً لهذا السمك فلو صاده غيره ملكه . أما اذا كان الماء قليلاً بحيث يستطيع أخذ السمك باليد فلا يجوز للغير أخذه .

هذا هو الأساس الذي يتفرع عليه مسائل الصيد ، وعليه يمكن تخريج أحكام الصور المختلفة .

(١) وبهذا أخذ القانون المدني الجديد في المادة ٨٧١ / ٢ .

وإذا أرسل الشخص الصيد بعد استيلائه عليه باختياره ، فهل يخرج عن ملكه أولا ؟ للفقهاء في هذه المسألة رأيان :

أحدهما : أنه لا يخرج عن ملكه لأن الملك بعد ثبوته لا يزول إلا بسبب ناقل للملكية ، وليس الترك منها ، ولأنه يكون سائبة وقد أبطلها القرآن، وعلى من أخذه أن يرده لمالكه الأول عند طلبه ومع ذلك يحل له أن ينتفع به إلى أن يطلبه منه .

وثانيهما : أنه يزول ملكه ويرجع إلى حالته الأولى قبل الصيد لأن قرب عهده بالإباحة سوغ ذلك ، وقد لا يكون في هذا الصيد فائدة للمستولي عليه الأول بينما يكون غيره في أشد الحاجة اليه .

والقانون المدني في مادته [1] — ٨٧١ — يسير مع الرأي الثاني مع شيء من التفصيل .

وهناك أشياء أخرى مباحة مثل الكلأ ، وهو حشائش تنبت من غير إنبات لترعاها الأبل وغيرها . وأحطاب الجبال ، وفواكهها غير المملوكة ، وأحجارها والغابات ، وهي الأشجار المسماه عند الفقهاء بالآجام ، وهي الشجر الملتف إذا نبتت في أرض غير مملوكة فإنها تكون مباحة .

فالفرق بين الكلأ والآجام أن الكلأ هو ما ينبت من الحشائش والأعشاب بغير زرع أحد . وهي في العادة لا تقصد وأن الآجام هي الشجر الملتف أو

---

(١) ونص هذه المادة :

١ — ويصبح المنقول لا مالك له اذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته .

٢ — وتعتبر الحيوانات غير الاليفة لا مالك لها ما دامت طليقة . وإذا اعتقل حيوان منها ثم أطلق عاد لا مالك له اذا لم يتبعه المالك فوراً أو اذا كف عن تتبعه وما روض من الحيوانات وألف الرجوع الى المكان المخصص له ثم فقد هذه العادة يرجع لا مالك له .

الغابات ، وهذه قد تنبت وحدها ، وقد تزرع فهي تقصد عادة بخلاف الكلأ فإنه لا يقصد .

وعلى هذا قالوا : إن الكلأ لا يملك وإن نبت في أرض مملوكة . بل هو مال مباح لحديث : « الناس شركاء في ثلاثة ، الماء والكلأ والنار » . وهو مبـــاح بالاتفاق إذا لم يقم صاحب الأرض بسقيه والقيام عليه .

وأما إذا سقاه ففي ظاهر الرواية عند الحنفية لا يكون مملوكاً لصاحب الأرض وحينئذ يباح لكل الناس أخذه ورعيه . وليس له منعهم من ذلك فإن منعهم من دخول ملكه قيل له : إما أن تبيح لهم الدخول في ملكك أو تخرجه إليهم . هذا إذا لم يجدوا غيره في أرض مباحة [1] قريبة من هذه الأرض . فإن وجدوا غيره فلا يجبر على شيء من ذلك .

وفي رواية أخرى إنه يملك تبعاً للأرض ، وجاز له بيعه ومنع الناس منه لأنه يعتبر محرزاً باحراز الأرض . والمالكية لهم تفصيل قريب من هذا .

أما الأجام : فاذا كانت في أرض غير مملوكة فهي مال مبـاح لا تملك إلا بالاحراز . وليس لأحد منع الناس منها . وإن كانت في أرض مملوكة فهي ملك لصاحبها سواء قام بسقيها أو لا .

والسبب في هذه التفرقة ، أن الأرض لا تقصد عادة لاستنبات الكلأ لا

(١) ولم يحدد الفقهاء حدا للقرب ولعلهم تركوه لما يتعارفه الناس . وان كان المقدسي يقول: ينبغي أن يحد بالميل كما في التيمم . راجع المجلة العدلية وشرحها .

تقصد لما فيها من الكلأ . وأما الآجام فقد تقصد لأجلها الأرض ، وقد تشتري لما فيها من أشجار ، أو لما عساه أن ينبت فيها منه ، وإذا كان الكلأ لا يقصد كان باقياً على أصل الإباحة ، أما الآجام فقد خرجت عن الإباحة بالملك

وينبني على هذا أنه لو ملك شخص أرضاً مباحة وفيها كلأ فانه لا يملكه بتملك الأرض ، وإنما يملكه باحتشاشه وحمله ، وأما إذا كان فيها أشجار فإنه يملكها بما فيها ، وتخرج عن كونها مباحة .

وبعد هذا ينقسم الملك إلى ملك متميز وآخر غير متميز يعرف في عرف الفقهاء بالشائع .

المتميز : هو الذي يكون الملك فيه متعلقاً بشيء معين غير مختلط بغيره .

والشائع : [1] هو الذي يكون متعلقاً بجزء غير معين من شيء معين كربع دار ونصف حيوان

والمشاع نوعان . مشاع يحتمل القسمة ، وهو ما يمكن أن ينتفع به بعد القسمة الانتفاع الذي كان مقصوداً منه قبل القسمة « عينه أو جنسه » .

ومشاع لا يقبل القسمة [2] ، وهو ما لا يمكن أن ينتفع به الانتفاع الذي كان مقصوداً منه قبل القسمة ، سواء أكان يمكن الانتفاع به بمنفعة أخرى من غير جنس الأولى أم لا .

فالأول كالحصة في أرض زراعية أو دار كبيرة ، والثاني كبيت صغير ، أو حمام أو ثوب أو دابة سواء أكانت مما يؤكل لحمها أو لا .

---

(١) الشائع والمشاع بمعنى واحد ، والمال المشاع هو المشترك غير المقسوم فالمادة ١٣٨ من المجلة العدلية تنص على أن المشاع ما يحتوي على حصص شائعة » ، المادة ١٣٩ منها تقول : « الحصة هي السهم الساري إلى كل جزء من أجزاء المال المشترك » .

(٢) صاحب جامع الفصولين : فصل أحكام المشاع في بيعه واجارته واعارته ورهنه وهبته وصدقته ووقفه ، راجع جـ ١ من ٥٩ الى ٦٥ .

وفي الملك الشائع يكون كل جزء من المال مهما كان صغيراً مشتركاً بين الملاك فكل واحد منهم يتعلق ملكه بهذا الجزء .

فإذا كانت دار مشتركة بين ثلاثة أشخاص على السواء كان لكل واحد منهم ثلث أي جزء منها خشباً كان أو حديداً أو حجراً غير متميز عن الآخر

والفقهاء وضعوا للشيوع أحكاماً ، فجعلوا لكل واحد من الشركاء التصرف في المال المشترك بما لا يضر بالآخر ، وعلى هذا جاءت المادة ١٢ — من مرشد الحيران تقول : « إذا كانت العين مشتركة بين اثنين أو أكثر فلكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بحصته والتصرف فيها تصرفاً لا يضر بالشريك وله استغلالها وبيعها مشاعة حيث كانت معلومة القدر بغير إذن الشريك » :

وإذا اتفق الشركاء على طريقة الانتفاع بالمال المشترك انتفعوا به على الوجه المتفق عليه ، وإن لم يتفقوا وطلب واحد منهم أو أكثر قسمته قسم بينهم متى كان محتملاً للقسمة ، ويجبر الآبى عليها إذا كان المشترك متحد الجنس مما لا تتفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً ، سواء أكان من المثليات كالحبوب والزيوت أم من القيميات كالغنم والأفراس والأرض الزراعية والدور الكبيرة .

فإذا اختلفت الأجناس وكانت القسمة تعطي كل شريك جنساً بتمامه كما في الدور المختلفة الموقع والصقع والبناء والثياب المختلفة الأنواع فلا يجبر الآبى عليها [1] .

وفي حالة عدم القسمة لعدم إمكانها أو عدم الجبر عليها يحكم بالانتفاع بالمال المشترك بطريق المهايأة الزمنية أو المكانية .

وإذا احتاج المال المشترك إلى إصلاح فإصلاحه على الشركاء بقدر أنصبائهم فإذا امتنع بعضهم عن إصلاحه كان على الآخرين رفع الأمر للقضاء ليأمر الممتنع بدفع ما عليه ، فإذا قام أحدهم بالاصلاح بدون أمر الآخرين أو إذن القاضي كان متبرعاً فلا يرجع عليهم بشيء [2] .

---

(١) رد المحتار جـ ٥ ص ١٦٦ وما بعدها ، المجلة العدلية وشرحها للاتاسي .

(٢) راجع فتح القدير جـ ٥ ص ٥٠٣ .

تنبيه : إذا ثبت الملك بسبب من أسبابه لا ينتقل إلا برضا صاحبه بعقد من العقود الناقلة للملكية ، وهذه العقود أساسها الرضا لقوله تعالى : يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم» ، فالقاعدة العامة أنه لا يجبر شخص في حياته على نقل ملكه إلى غيره ولكن هناك حالات استثنيت من هذه القاعدة ، ينقل الملك فيها من غير رضا صاحبه لضرورة تدعو إلى ذلك ، وهذه الضرورة إما دفع ضرر خاص يلحق شخصاً آخر يفوق الضرر الذي يلحق صاحب الملك من جبره على نقل ملكه ، وإما دفع ضرر عام « بتحقيق مصلحة عامة » والواقع أن هذا الاستثناء صوري لأن ذلك الجبر وإن جاء مخالفاً لقاعدة نقل الملك إلا أنه ينطوي تحت قاعدة أخرى مقررة في الشريعة ، وهي إما ارتكاب أخف الضررين عند تعارضهما أو تقديم المصلحة العامة على الخاصة كذلك عند التعارض

وإليك أمثلة لهذه الحالات الاستثنائية .

الحالة الأولى : إذا ماطل المدين عن دفع ما عليه من الديون ، فقد أجاز الصاحبان للقاضي أن ينوب عنه في بيع بعض ماله أو كله بمقدار الديون وإن لم يرض بذلك ، لأن هذا ظلم . والظلم يجب رفعه ، وخالف أبو حنيفة فلم يجوز هذا لأنه اعتبر ذلك نوعاً من الحجر والولاية عليه ، وهو لا يجوز الحجر على المدين ، وإنما يجوز للقاضي حبسه تعزيراً له على هذا الظلم ، ولا يخرجه من الحبس إلا إذا أدى ما عليه بالطريق الذي يرضاه ، أو يثبت عدم ملكيته لشيء يؤدي منه .

الحالة الثانية : إذا امتنع المحتكر عن بيع الطعام والناس محتاجون إليه . ففي هذه الحالة يبيع القاضي ماله جبراً عنه دفعاً للضرر عن الناس ، ويلحق بذلك التسعير . وهو إلزام أصحاب السلع ببيعها بسعر معين يحدده ولي الأمر ،

فإنهم قد لا يرضون بهذا السعر ، فيكون في ذلك إخراج للسلع من ملكهم بغير رضاهم .

الحالة الثالثة : نزع الملك لأجل المنفعة العامة ، كتوسيع الطرق والجسور وشق الترع وتوسيع المساجد إلى غير ذلك ، فإذا احتيج إلى ملك شخص لمنفعة من هذه المنافع فإن رضى بذلك فبها وإلا كان متعنتاً مؤثراً مصلحته الخاصة على المصلحة العامة ، ومثل هذا لا يلتفت إلى رضاه ، بل يؤخذ جبراً عنه ويعطى قيمته التي يقومها به الخبراء وما دام سيعطي قيمته فما يفوته يسير ، وهو الاحتفاظ بنفس العين ، وفي استطاعته أن يشتري بدلها .

والدليل على ذلك فعل الصحابة رضوان الله عليهم . فلقد ضاق المسجد الحرام بمكة على الناس في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وكانت دور الصحابة تحيط به من كل جانب عدا فتحات يدخل منها الناس إليه فاشترى عمر بعضها ، وأبى عليه أصحاب البعض الآخر ، فأخذها جبراً ووضع قيمتها بخزانة الكعبة ووسع المسجد وظلت القيمة بالخزانة إلى أن أخذها أصحابها [١].

وروى أنه قال لأصحاب هذه الدور : « إنما نزلتم على الكعبة وهذا فناؤها ولم تنزل الكعبة عليكم » .

وفي زمن عثمان ضاق المسجد الحرام مرة أخرى ، فلما أراد توسعته رضى البعض وأبى البعض فأخذها قهراً فصيحوا به فاستدعاهم وقال : إنما جرأكم على حلمي ولم أفعل بكم غير ما فعله عمر ولم يصيح به أحد ، ثم أمر بحبسهم فحبسوا إلى أن شفع فيهم عبد الله بن خالد بن أسيد فعفا عنهم .

فهذا العمل المتكرر في عهد خليفتين شاهده الصحابة ، ولم ينكره أحد منهم

---

١ ـ راجع حاشية ابن عابدين في كتاب الوقف عند الكلام على ضيق المسجد .

فكان كالإجماع على ذلك :

وإذا ثبت هذا في المسجد فيقاس عليه غيره من المنافع ، لأن المعنى الذي من أجله أبيح أخذ الملك جبراً لأجل المسجد موجود في غيره ، بل قد يكون أشد في بعض الحالات .

الحالة الرابعة : وهي حق تملك المال المشفوع فيه من مالكه الجديد ولو جبرا بما قام عليه من الثمن والتكاليف .

فلو كان لشخصين دار مشتركة وباع أحد الشريكين نصيبه لأجنبي فإن للشريك الآخر أن يطالب بهذا الجزء ، ويأخذه بما دفعه المشتري سواء رضي بذلك أو لم يرض .

ففي هذه الحالة نجد المشتري الجديد ينزع ملكه جبراً ويعطى للشريك المسمى بالشفيع ، وإنما شرع نزع الملك جبراً في هذه الحالة على خلاف القاعدة فيه لدفع الضرر الذي يلحق الشفيع من ذلك المالك الجديد ،فقد يرضى الشخص بشركة هذا دون ذاك لاختلاف الناس في طبائعهم وأخلاقهم .

ثم إن جماهير الفقهاء لم يثبتوا هذا الحق إلا في العقار وما ألحق به كالعلو مع السفل ، أو السفن على رأي البعض ، ولم يثبتوه في المنقول إلا إذا كان تابعاً للعقار .

وذهب جماعة منهم إلى ثبوته في جميع الأموال لا فرق بين عقار ومنقول إذا تحقق السبب الموجب له

وقد اتفق الفقهاء على أن سبب الشفعة هو الاتصال بين ملك الشفيع والمال المشفوع فيه ، ولكنهم اختلفوا في تفسير هذا الاتصال حسبما صح عند كل فريق منهم من النصوص الشرعية ، فجمهور الفقهاء ضيقوا دائرته ، ففسروه بالشركة

في نفس المبيع ، فلا شفعة إلا حيث يوجد الاشتراك في نفس العقار المبيع ، بينما توسع بعض الفقهاء في تفسيره ، فقالوا : إن الاتصال الموجب للشفعة لا يقتصر على الشركة في نفس المبيع ، بل يثبت أيضاً بالشركة في حق من حقوق الارتفاق ، بمعنى أنه إذا ما وجد عقاران يشتركان في شرب واحد ، أو طريق خاص يوصل إليهما وباع أحد المالكين عقاره لأجنبي كان لشريكه في الشرب أو الطريق الخاص حق أخذه بالشفعة ، كما أثبتوه أخيراً بالجوار الملاصق، فإذا باع شخص عقاره الذي لا شركة فيه لأحد ، ولم يوجد من يشاركه في حق من حقوق الارتفاق كان حق الشفعة للجار الملاصق مهما كانت الملاصقة ولو بمقدار يسير .

وهذا الحق يثبت للشفيع سواء كان واحداً أو أكثر رجلاً كان أو امرأة صغيراً كان أو كبيراً ، حاضراً أو غائباً مسلماً أو ذمياً . لا يسقطه شيء إلا إعراض صاحبه عنه إعراضاً صريحاً أو ضمنياً كما هو مفصل في كتب الفقه .

ثم بعد تحقق السبب الموجب له لا يثبت هذا الحق إلا إذا توافرت شروط اتفق الفقهاء على بعضها ، واختلفوا في بعضها الآخر ، فلا شفعة بمجرد وجود الاتصال إلا إذا خرج المشفوع فيه خروجاً لازماً من ملك صاحبه بعوض ، وأن يكون العوض مالياً على رأي ، وأن يكون الشفيع مالكاً لما يشفع به وقت البيع ويستمر إلى أن يقضى له بها، وألا يرضى بهذا الخروج، وأن يطلب المشفوع فيه كله لا بعضه ، وأن يكون الطلبُ على كيفية خاصة بينها الفقهاء كما بينوا حكم تصرفات المشتري في المشفوع قبل طلب الشفيع هذا الحق ، وأثر زيادة المشفوع فيه أو نقصه في يد المالك الجديد . وغير ذلك مما يتعلق بجميع التفصيلات .

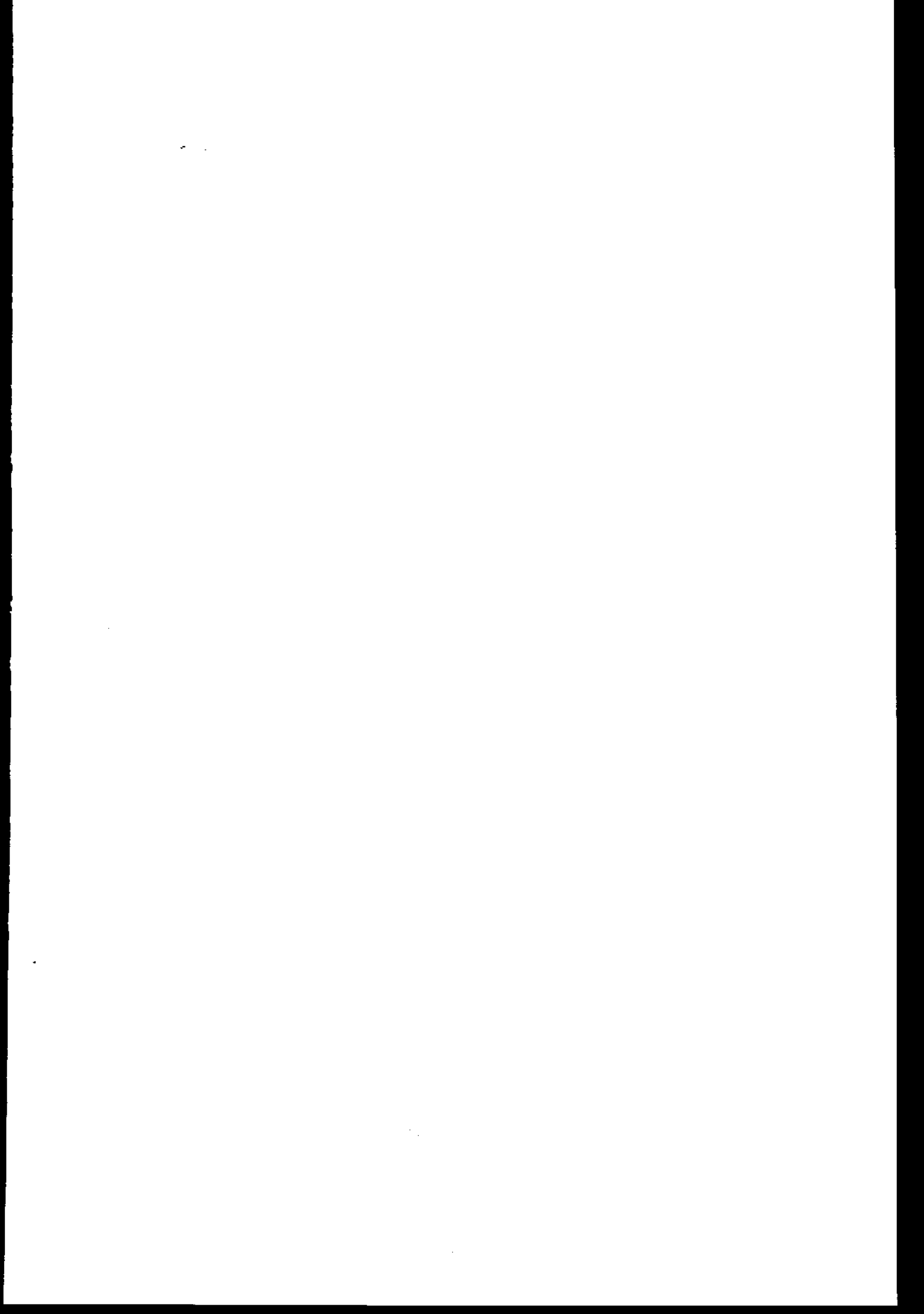
وعماد ثبوت هذا الحق ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من أحاديث كثيرة .

منها ما رواه البخاري عن جابر بن عبد الله أنـــه قال « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » .

ومنها ما رواه أصحاب السنن عن رسول الله أنه قال : « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً » .

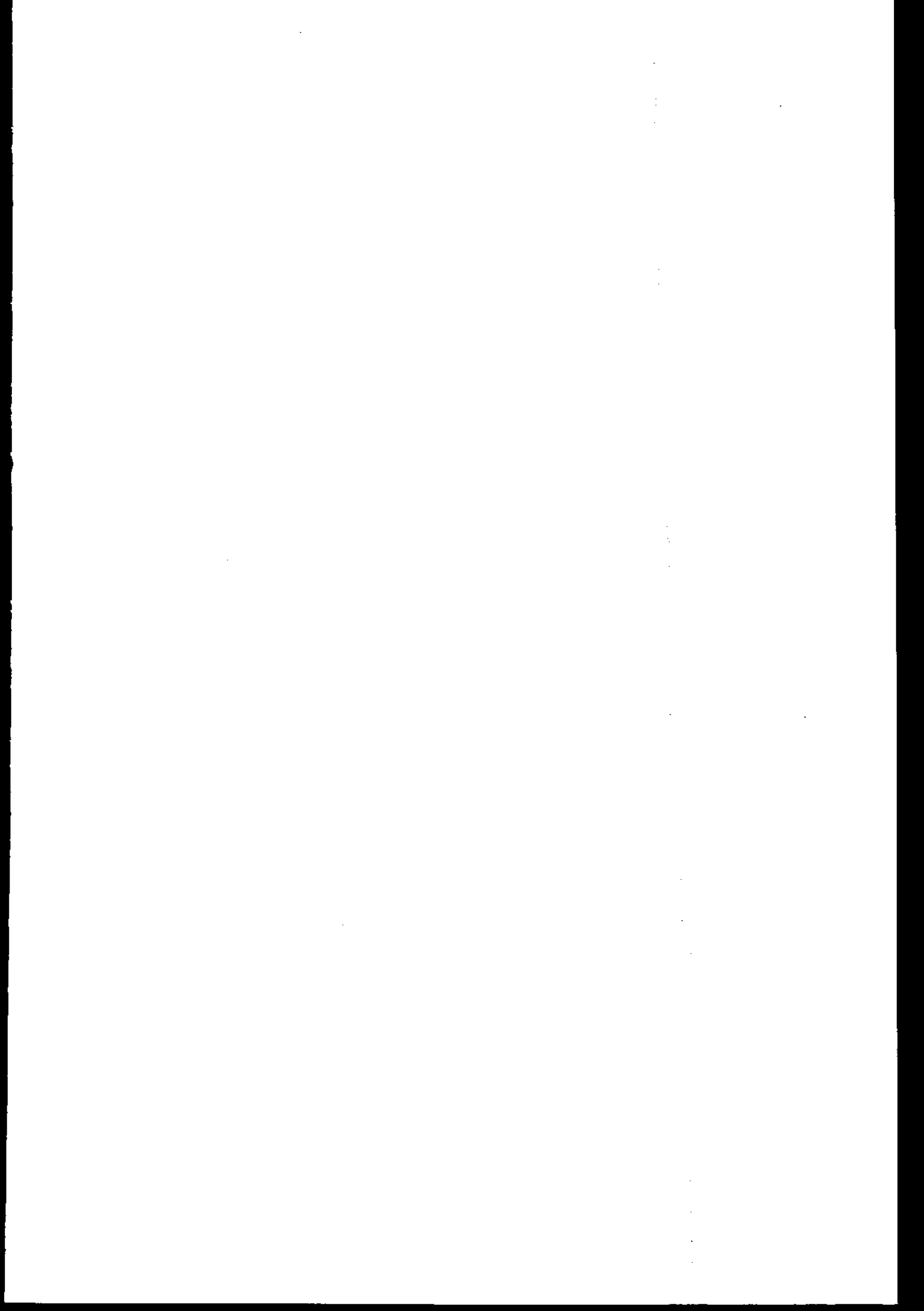
وجاء إجماع المسلمين في العصور الثلاثة الأولى من وراء هــذه الأحاديث مؤيداً لها ، وإذا أردت معرفة تفصيل هذا الإجمال فارجــع إلى كتب الفقه في المذاهب المختلفة ، وإلى كتابنا « نظام المعاملات في الفقه الإسلامي » .

وأنت إذا تأملت تلك الحالات وجدتها ما عدا الشفعة حالات غير عادية ، جاءت على خلاف الأصل في تعامل الناس رغم أنها لا تكون إلا في صور نادرة، ومن هنا لا تصلح مطعنا في أصل القاعدة مع أنها ترجع إلى قاعدة أخرى كما قلنا من قبل .



نظرية العقد

قواعده العامة ومصطلحاته



نظرية العقد متشعبة الأطراف، وليس من غرضنا في هذا الكتاب الإحاطة بكل جوانبها ، وتفصيل جميــع جزئياتها ،وإنما يكفينا منها الإجمال غير المخل الذي يجعلنا نقتصر على البحوث الآ تية .

١ — التعريف بالعقد مع بيان الفرق بينه وبين التصرف والالتزام .

٢ — تكوين العقد ، ويتناول أركانه وشروط انعقاده وصيغته ، والإرادة الظاهرة والباطنة وأثر تخالفهما ، واقتران الصيغة بالشروط وأثر ذلك في العقد

٣ — محل العقد .

٤ — العاقد . أهليته وعوارضها . ولايته الأصلية والنيابية .

٥ — حكم العقد ، وتقسيمات العقود .

٦ — عيوب العقد .

٧ — الخيارات وأثرها في العقود .

١ ـ التعريف بالعقد

الفرق بينه وبين التصرف والالتزام :

العقد والتصرف والالتزام كلمات ثلاث يرد ذكرها في ثنايا بحوث الفقهاء ويختلط أمرها أحياناً على بعض القارئين لما بين معانيها من التشابه من بعض الوجوه ، وهذا يقتضي ذكر الفرق بينها قبل التعريف بالعقد لنخلص منه إلى بيان معنى العقد في وضوح لاخفاء فيه فنقول :

إن الإنسان المميز يصدر عنه أقوال وأفعال باختياره وإرادته يكون لها اعتبار في نظر الشارع فيترتب عليها نتائج في صالح الشخص نفسه ، أو في صالح غيره . وهي عديدة منوعة .

فمنها ما يتضمن إرادة إنشاء حق لم يكن موجوداً من قبل ، كالوقف ، فإنه حبس لعين من الأعيان المالية لينفق ثمرتها وغلتها على جهة من جهات الخير ، أو يتضمن إسقاط حق من الحقوق الثابتة كإبراء الدائن للمدين مما عليه من الدين فإنه أسقط بفعله هذا حق المطالبة والمقاضاة الذي كان ثابتاً له بسبب شغل ذمة المدين ، وكالتنازل عن حقه في الشفعة ، أو يتضمن إنهاء حق ثابت كما في الطلاق ، فإن الزوج ينهي به ما كان لكل من الزوجين على الآخر من الحقوق المترتبة على عقد الزواج .

ومنها ما يكون خالياً من ذلك كالإقرار بحق من الحقوق ، فإنه اعتراف

بثبوت حق وليس إنشاء له على الرأي الراجح، واليمين والدعوى على الغير ، كما أن منها ما يكون مستقلاً بالغرض الذي من أجله صدر كالأمثلة السابقة ، ومنها ما لا يكون مستقلاً بذلك ، بل لا بد من انضمام فعل من شخص آخر ليتحقق ذلك الغرض كقول الشخص لغيره : بعتك هذا الشيء بمائة ، فإنه من غير انضمام قول المخاطب قبلت لا يترتب عليه النتيجة المقصودة .

هذه الأمور وغيرها تسمى تصرفاً لا فرق فيها بين الأفعال والأقوال المستقلة بإفادة الغرض وغير المستقلة ، وسواء كانت النتائج مفيدة له ، أو غير مفيدة له كما في السرقة ، أو القتل والقذف ، فإن نتيجة ذلك عقاب مؤلم لمن صدر منه .

ويلاحظ من عرض الأمثلة السابقة أن التصرف قد لا يكون فيه التزام بحق كالدعوى التي يدعيها الشخص على غيره ، وقد يكون فيه التزام . إما بإنشاء الحق ، كما في الوقف ، والبيع والهبة ، أو بإسقاطه كما في الإبراء من الدين ، والتنازل عن حقه في الشفعة ، أو بانهائه كما في الطلاق .

وعلى هذا يكون الالتزام نوعاً من التصرف ، بمعنى أن التصرف أعم وأوسع دائرة من الالتزام ، فكل التزام تصرف ولا عكس .

وحينئذ يعرف التصرف بأنه : ما يصدرَ عن الشخص المميز بإرادته ، ويرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج سواء كانت في صالح ذلك الشخص أو لا.

ويعرف الالتزام بأنه : كل تصرف متضمن إرادة إنشاء حق من الحقوق أو انهائه أو إسقاطه ، سواء أكان من شخص واحد كالوقف والطلاق المجرد عن المال ، والإبراء . أم من شخصين كالبيع والاجارة والطلاق على مال، ولكن

ما مرتبة العقد بين التصرف والالتزام ، أهو مرادف لواحد منهما أم هو أخص منهما ؟

المتتبع لكلام الفقهاء في تفصيلات العقود المختلفة يجدهم مختلفين في إطلاق كلمة العقد . فبينما يتوسع فيه بعضهم فيستعمله في كل التزام إذ يقصره آخرون على نوع خاص من الالتزام . وهو ما كان صادراً من شخصين كالبيع والاجارة والرهن وما شابه ذلك .

ومع هذا الاختلاف فهم متفقون على أن العقد أخص من التصرف ، لأن من التصرف أشياء لا تتفق ومعنى العقد في كثير ولا قليل .

ولعل هذا الاختلاف راجع إلى الاستعمال اللغوي لكلمة العقد ، فإنه يطلق في اللغة على الجمع بين أطراف الشيء والربط بينهما ، يقال : عقد الحبل إذا جمع أحد طرفيه على الآخر وربط بينهما ، ومن هذا المعنى أخذ العقد بمعنى الربط بين الكلامين في الاتفاقات التبادلية ، فإن فيه ربطاً ولكنه غير حسي ، ويطلق ويراد به إحكام الشيء وتقويته ، ومن هذا المعنى أخذ العقد بمعنى العهد واليمين ، فإن اليمين يقوى عزم الحالف على فعل المحلوف عليه أو تركه ، وكذلك العهد يحكم الصلة بين المتعاقدين ويقويها .

فمن توسع من الفقهاء في إطلاق لفظة العقد نظر إلى أن كل التزام لا يخلو من عهد ، والعهد عقد في لغة العرب .

ومن قصره على ما كان من شخصين نظر إلى المعنى الأول ، وهو الجمع والربط وهذا لا يكون إلا بين تصرفين صادرين من شخصين يرتبط كل منهما بالآخر ، فمن هذا نرى أن العقد عند الفقهاء له معنيان .

أحدهما أخص من الآخر . فيطلق على الالتزام مطلقاً سواء كان من طرفين

أو من طرف واحد ، ويطلق على الالتزام من طرفين فقط ، والأول مختلف فيه ، والثاني متفق عليه ، وتعريفه بالمعنى الأعم هو تعريف الالتزام السابق .

أما تعريفه بالمعنى الأخص : فهو ارتباط [1] إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله .

والمراد من الإيجاب والقبول ، كل ما يصدر من المتعاقدين دالاً على إرادتها سواء كان كلاماً أو ما يقوم مقام الكلام من الأفعال أو الكتابة أو الإشارة .

والربط بينهما لا يوجد إلا إذا توافرت شروط سنذكرها قريباً ، والتقييد بكونه على وجه مشروع الخ ، ليخرج الارتباط على غير هذا الوجه ، كما إذا قال شخص لآخر : آجرتك على قتل فلان بكذا من المال ، أو على إتلاف زراعته ، أو سرقة ماله ، ويقول الآخر قبلت ، وكما إذا قال شخص لآخر زوجتك فلانة لا مرأة محرمة عليه ، ويقول الآخر : قبلت ، فإن هذا غير مشروع ولا يظهر له أثر في محل العقد ، والتقييد بكونه يثبت أثره في محله ليخرج ما إذا وجد ارتباط بين كلامين لا يظهر له أثر ، كما إذا كانت دار مشتركة بين شخصين مناصفة فباع كل منهما نصيبه لصاحبه بماله ، فإن هذا الكلام لا يفيد شيئاً ولا أثر له .

والعقد في عرف القانونيين [1] هو : توافق ارادتين على إحداث أثر قانوني

---

(١) في كلام بعض الفقهاء ما يفيد أن العقد ليس هو الارتباط فقط ، بل هو مجموع الأمور الثلاثة الايجاب والقبول والارتباط بينهما ، وفي كلام آخرين ما يفيد أنه ارتباط أجزاء التصرف الشرعي . راجع رد المحتار لابن عابدين ص ٢٦١ ج ٢ باب النكاح والدرر ص ٣٢٦ ج ١ باب النكاح أيضاً ، وفتح القدير والبحر الرائق في باب البيع .

(٢) الوسيط للاستاذ السنهوري ص ١٣٨ .

من إنشاء التزام ، أو نقله ، أو تعديله أو انهائه . فإنشاء التزام كالبيع والإجارة ونقله كالحوالة ، وتعديله كتأجيل الدائن الدين للمدين ، وانهاؤه كالإبراء من الدين ، وفسخ عقد الإجارة قبل الموعد الذي كان محدداً لها (١) .

وبالمقارنة بين التعريفين نجد بينهما تقارباً ، إلا أن تعريف الفقهاء قد يكون أحكم من تعريف القانونيين من ناحية أن الإرادة أمر خفي لا يقف عليه إلا بواسطة أمر ظاهر من كلام ، أو فعل ، أو إشارة فبمجرد توافق الإرادتين من غير صدور ما يدل على هذا التوافق لا تستطيع الحكم بوجود العقد ، فكان الأولى تعريفه بما يدل على توافق الارادتين كما عرفه الفقهاء بذلك .

ولعل السر في هذا يرجع إلى أن الأصل المأخوذ منه القانون المدني هو القانون الفرنسي ، وهذا الأخير يعتبر الأساس في إنشاء العقود الإرادة الباطنة ولا اعتداد عنده بالإرادة الظاهرة إلا إذا كانت موافقة للباطنة ، فإن خالفتها ألغيت ، وعد العقد باطلاً .

ولكن القانون المدني الجديد قد خطا خطوات نحو الارادة الظاهرة فنجده

---

(١) الدكتور عبد الحي حجازي في كتابه (النظرية العامة للالتزامات) يقول في ص ١٩ : ان الشراح يفرقون بين الاتفاق والعقد (فيقولون : ان الاتفاق أعم من العقد ، فيعرفون الاتفاق (بأنه توافق ارادتين على انشاء التزام او تعديله أو انهائه) أما العقد فيعرفونه (بأنه توافق ارادتين على انشاء التزام أو نقله) .

وبذلك يكون العقد أخص من الاتفاق ، فكل عقد يعتبر اتفاقاً وليس كل اتفاق يعد عقداً ، ثم يقول : ان هذه التفرقة لم تكن ذات أهمية عملية الا أنها منطقية وما دام الكلام على العقد باعتباره مصدر التزام فلا يلتفت إليه إلا من ناحية كونه منشئاً للالتزام ، واخيراً عرف العقد في ص ٢١ : بأنه توافق إرادتين أو أكثر بقصد إنشاء علاقة قانونية ذات طابع مالي .

مثلا . في المادة ٧٩ — يقول : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون في ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » وسيأتي زيادة توضيح لهذا .

هذا هو معنى العقد في اصطلاح الفقهاء والقانون ، والكلام عليه متشعب الأطراف ، فمن بيان لأركانه وتكوينه ، إلى تفصيل لشروطه ، وتوضيح لحكمه وتقسيماته إلى بيان العيوب التي تلحقه ، وما يثبت فيه من الخيارات وإليك بيان ذلك .

٢ ــ تكوين العقد وإنشاؤه

أركان العقد : الركن معناه في اللغة الجانب القوي للشيء الذي عليه اعتماده كأركان البيت ، وهي زواياه التي يرتكز عليها .

ومعناه في الاصطلاح الشرعي . هو ما به قوام الشيء الذي لا يتحقق ولا يوجد إلا به .

وقد اتفق الفقهاء على أن العقد لا يوجد في الخارج إلا إذا وجد عاقد وصيغة التي هي « الايجاب والقبول » ومحل يرد عليه هذا الإيجاب والقبول ويظهر أثر العقد فيه .

ولكنهم اختلفوا في جعل هذه الأمور كلها أركاناً للعقد .

فالحنفية يذهبون إلى أن أركان العقد هي الايجاب والقبول فقط ، وأما ما عدا ذلك من المحل والعاقدين فهي لوازم ، لأنه يلزم من وجود إيجاب أن يكون هناك موجب ، وهو أحد طرفي العقد ، وكذلك القبول يلزمه وجود قابل ، وهو الطرف الآخر ووجودهما مرتبطين لا يكون إلا إذا وجد محل يظهر فيه هذا الارتباط .

وغير الحنفية[1] يقولون : إن هذه كلها أركان ، وأياً ما كان هذا الاختلاف

«١» راجع مواهب الجليل ص ٤١٩ ج ٣ ، وشرح الرسالة ص ٢٣٩ ج ٢ باب البيوع ، ونهاية المحتاج ص ١٢ ج ٣ ، وأركانها أربعة : موكل ووكيل وموكل فيه وصيغة ، وفي باب الشفعة ص ١٤٢ ، وفي . ٣٤٠ جـ ٣ في الجعالة يقول: وأركانها أربعة صيغة ومتعاقدان وعمل وعوض .

وكونه مبنياً على الخـــلاف في تعريف الركن عند الفريقين أو غير مبني عليه فهو خلاف قليل الفائدة ، وليس وراءه ثمرة . لهذا سنطويه ونشرع في بيان معنى الإيجاب والقبول .

معنى الايجاب والقبول : الايجاب معناه في اللغة ، الالتزام والاثبات ، وفي الاصطلاح الشرعي . هو ما يذكر أولا من كلام المتعاقدين ، أو ما يقوم مقام كلاميهما الدال على الرضـا سواء وقع من البائـع . أو من المشتري ، وبعبارة أخرى سواء وقع من المملك أو من المتملك.

والقبول لغة مـأخوذ من قبلت العقد أقبـله قبولاً بالفتح ، والضم لغة حكاها ابن الأعرابي ، كما ، « في المصباح » ، وفي الاصطلاح : هو اللفظ أو ما يقوم مقامه الصادر ثانياً الواقع جواباً الأول ، ولذا سمي قبولاً[١] .

وسمي الأول بالايجاب ،لأنه أوجـد الالتزام ، وسمي الثاني قبولاً ، لأنه رضا بما في الأول من التزام وإلزام وما جاء في القول الثاني من التزام بالنسبة للعاقد الثاني كان نتيجة لرضاه بما تضمنه قول الأول من إلزام .

فإذا قال شخص لآخر : بعتك هـذا الكتاب بعشرين قرشاً ، فإنه تضمن التزام القائل بخروج الكتاب من ملكه ، وإلزام المخاطب بالثمن ، فإذا قبل الآخر هذا الايجاب يكون قد التزم بدفع الثمن ، وهـــو الالزام الذي تضمنه الايجاب .

---

١ راجع البحر الرائق ج ٥ ص ٢٨٤ في باب البيع ، وفي فتح القدير ج ٥ ص ٧٤ الايجاب هـو اثبات الفعل الخـاص الدال على الرضـا الواقع أولا سواء وقـع من البائع أو من المشتري ، والقبول هـو الفعل الثاني ، والا فـكل منهمـا ايجـاب ، أي اثبات ، فسمي الثاني بالقبول تميزاً له

هذا هو معنى الايجاب والقبول عند الحنفية .

وذهب غيرهم إلى أن الايجاب هو ما صدر ممن يكون منه التمليك وإن جاء متأخراً ، والقبول ما صدر ممن يصير له الملك وإن صدر أولاً ، فإذا قال المشتري : اشتريت منك هذا الشيء بثمن قدره كذا وقال البائع بعته لك بهذا الثمن فإن البيع ينعقد ويكون الايجاب هو ما صدر من البائع لأنه المملك ، ويكون ما صدر من المشتري قبولاً وإن صدر أولاً .

شروط الانعقاد : وإذا كان العقد هو الارتباط بين الايجاب والقبول فهذا الارتباط لا يكفي في ثبوته مجرد صدور العبارة ،أو ما يقوم مقامها من العاقدين ، بل لا بد مع ذلك من توافر شروط في كل من العاقدين والمحل ، ونفس الصيغة « الايجاب والقبول » ونحن نجملها فيما يلي :

١ — أن يكون كل من العاقدين أهلا للعقد .وهذه الأهلية تتحقق بالتمييز .

وعلى هذا يكون عقد غير المميز كالمجنون ، والصبي الذي لم يصل إلى درجة التمييز باطلا ، لان عبارته ملغاة لا اعتداد بها في نظر الشارع ، وهذا الحكم شامل لجميع العقود .

٢ — أن يعلم كل من العاقدين ما صدر عن الآخر ، بأن يسمع كلامه أو يقرأ ما كتبه ويفهمه ، أو يرى فعله أو إشارته ، ويعرف مراده منها .

فإن اختل ذلك لم يتحقق العقد . كما إذا تكلم شخص بما يفيد الايجاب فأجابه الآخر بلغة لا يفهمها ، أو بكلام غير مسموع ثم انفض المجلس من غير أن يعرف حقيقة جوابه ، أو تكلم نائم بكلمة تشبه الايجاب ، فأجاب شخص بجواره بما يفيد القبول ، وأمثال ذلك كثير .

٣ — أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد شرعاً ، فلا ينعقد بيع ما ليس بمال كلحم الميتة ، وكذلك بيع مال غير متقوم كالخمر والخنزير إذا باعهما المسلم ، ومثل هذا زواج المحرمة عليه تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً ، أو رهن ما يتسارع اليه التلف ، كالخضروات والفواكه غير المجففة ، لان حكم الرهن شرعاً هو الحبس حتى يستوفي الدين ، ومثل هذه الأشياء لا تبقى عادة ، فلا تكون قابلة لحكمه.

٤ — أن يكون كل من الايجاب والقبول واضح الدلالة على مراد العاقدين لأنهما يعبران عن إرادتهما الباطنية ، فاذا كان في دلالتهما خفاء لم يتحقق الربط بينهما ، وهذا الوضوح يتحقق بأن تكون مـــادة اللفظ المستعمل للايجاب والقبول في كل عقد تـدل لغة أو عرفاً على نـوع العقد المقصود للعاقدين ، لأن العقود تختلف بعضها عن بعض في موضوعها وأحكامها ، فإذا لم يعرف بيقين أن العاقدين قد قصدا عقداً بعينه لا يمكن إلزامهما بأحكامه الخاصة به ،ولا يلزم في هذا الدلالة أن تكون بطريق الحقيقة ، بل يستوى في ذلك الدلالة الحقيقية والمجازيه . فينعقد البيع بلفظ الهبة عند اقترانه بالثمن ، كأن يقول وهبتك هذا بكذا ، كما ينعقد الزواج بلفظ الهبة إذا قـرن بالمهر ، لان ذكر الثمن في الأول ، والمهر في الثاني قرينة على أنه أراد البيع والزواج .

٥ — أن يكون القبول موافقاً للايجاب ، لأنه جـواب له وتتحقق الموافقة باتحاد موضوع العقد سواء كانت الموافقة حقيقية ، أو ضمنية ، كما إذا كانت مخالفة القبول فيها خير للموجب ، مثل أن تقول المرأة : زوجتك نفسي بمـائة فيقول لها : قبلت الزواج بمائة وخمسين ، فإن التوافق موجود ضمناً ، لأن القبول بمائة وخمسين يتضمن القبول بمائة ، وهذه المخـــالفة خير للموجب هنا وهو المرأة ، لأن من ترضى أن تزوج نفسها بمائة لا ترفض التزوج بأكثر منها ففي هذه الصور ينعقد العقد لكنه لا يلزم إلا بمائة ، وأما الزيادة فموقوفة على قبول المرأة لها في المجلس ، فـــإن قبلتها لزمته ،وإن لم تقبلها لا تلزمه ،لأن

الأموال لا تدخل في ملك الشخص من غير اختياره إلا في الميراث ، ومثل ذلك إذا قال الشخص لآخر : بعتك هـذا بخمسين ، فأجابه بقوله قبلته بسبعين ، ولو كان الأمر بالعكس لا ينعقد ، لأن المخالفة ليست في مصلحة الموجب .

ثم إن صور المخـالفة التي لا ينعقد معها العقد كثيرة منها إذا قبل البيع في غير ما عينه البائع ، أو قبل في بعض ما أوجب فيه الموجب جملة . كأن يقول له : بعت لك هذه الدار ومـا فيها من منقولات بألف ، فقال الآخر : قبلت شراء الدار وحدها بثمانمائة ، أما إذا عين لكل منهما ثمناً. كأن يقول له : بعت لك هذه الدار ومـا فيها من منقولات .بألف الدار بثمانمائة، والمنقولات بمائتين . فقبل القابل الدار وحدها بثمنها أو المنقولات وحدها بثمنها صح ذلك وانعقد العقد . لأن توزيع الثمن عليهما دليل على رضاه بتفريق الصفقة بخلاف الصورة الأولى .

وفي هذا يقول صاحب البدائع[1] : أن يكون القبول موافقاً للايجـاب بأن يقبل المشتري ما أوجبه، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ موافق » ا هـ .

٦ – اتصـال القبول بالإيجـاب ، وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء ، ولكنهم مختلفون في المراد بالاتصال ، فمن الفقهاء كالشافعية كما جاء في نهاية المحتاج من يقول : إن المراد به كون القبول فور الايجاب ، فإذا توسط بين الايجاب والقبول كلام أجنبي ولو لم يعتبر إعراضاً عن العقد – لا يتحقق الاتصال فينتفي انعقاد العقد .

ذلك لأن القبول جواب عما في الإيجاب من إلزام والتزام ، فلا بد أن يكون

(١) ص ١٣٦ ج ٥

عقبه حتى يلتقي معه ، فإذا تراخى انتفى التلاقي ، لأن الإيجاب ينتهي بمجرد صدوره من صاحبه ، وهذا هو مقتضى القياس .

وذهب الجمهور « الحنفية والمالكية والحنابلة[1] إلى أن الاتصال يتحقق باتحاد المجلس ، وليس المراد باتحاد المجلس كون المتعاقدين في مكان[2] واحد لأنه قد يكون أحدهما في مكان غير مكان الآخر ، كالمتعاقدين بواسطة المسرة « الهاتف » أو بالمراسلة ، وإنما المراد به الوقت الذي يكون المتعاقدان مشتغلين فيه بالتعاقد ما لم يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل أجنبي يعتبر إبطالاً للايجاب ، كرجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول أو اعراض القابل عن هذا الإيجاب باشتغاله بشيء آخر غير العقد ، فاذا لم يوجد شيء من ذلك صح القبول الصادر منه مهما طال الوقت وانعقد العقد .

وعلى هذا يكون مجلس التعاقد بالمسرة هو زمن الاتصال ، فما دامت المحادثة في شأن البيع قائمة اعتبر المجلس قائماً ، واذا انتقلا إلى حديث آخر اعتبر المجلس منتهياً .

---

(١) في بعض كتب المالكية ما يفيد أنه اذا لم يفصل بين القبول والايجاب ما يدل على الاعراض عرفاً التحق القبول بالايجاب وتم العقد بينهما ، وأنه لا يضر تراخي القبول عن الايجاب ما دام حصل القبول في المجلس . راجع مواهب الجليل شرح مختصر خليل ص ٢٤٠ جـ ٤ .
وفي بعضها ما يفيد اشتراط الفورية . ففي شرح الرسالة في باب النكاح صـ ١٠٢ ج ٢ « ولا بد من الفورية بين الايجاب والقبول ، فلا يجوز الفصل بينهما بغير الخطبة ليسارتها بخلاف الترتيب بين الايجاب والقبول فإنه لا يشترط » اهـ المقصود منه .

(٢) يرى بعض الفقهاء أن المراد باتحاد المجلس اتحاد المكان الذي ينشأ فيه العقد ، وعلى هذا قالوا : لا ينعقد بين ماشيين أو راكبين لشيء يستطيعان ايقافه عن السير ، لأن المجلس نغير بتغير المكان فمكان القبول غير مكان الايجاب ، فلا يحصل التلاقي بينهما ، وأما اذا كانا يركبان شيئاً لا يملكان ايقافه كالسفينة مثلا فإنه يعتبر المجلس واحدا : راجع البدائع ، وفتح القدير ، والبحر الرائق وتبيين الحقائق باب البيع .

والمجلس في التعاقد بواسطة إرسال رسول ، أو خطاب هو مجلس تبليغ الرسالة أو الخطاب ، وللفقهاء كلام كثير في هل يتقيد المرسل إليه بمجلس التبليغ بحيث لو لم يقبل فيه اعتبر الإيجاب منتهياً ، أو يبقى الإيجاب ما بقي الخطاب معه ، وفي هل يملك الرسول أن يجدد إيجاباً غير الملغى أولاً ؟ لسنا بحاجة إلى ذكره هنا .

وإنما لم يشترط هؤلاء الفورية كما شرطها الشافعية لدفع الحرج عن الناس ، لأن من وجه إليه الإيجاب قد يفاجأ به ، فإما أن يرفض فوراً فتفوت الصفقة عليه إذا كانت نافعة ، وإما أن يقبل فوراً فيكون الضرر إذا كانت خاسرة .

فلهذا كان من المستحسن إعطاؤه مهلة يتروى فيها ، وقدرت بمدة المجلس ، لأنه جامع للمتفرقات ، وهي كافية للتروي ، على أنه لو جعلناها أكثر من ذلك وليس هناك ما يحددها بزمن معين لجاز امتدادها أياماً كثيرة حتى يتم القابل مشورته ، وفي هذا إلحاق الضرر بالموجب ، لأنه يكون حجراً عليه في التصرف فإذاً يكون التحديد بمدة المجلس توسطاً بين الأمرين . الفورية ، والامتداد من غير تحديد ، وفيه مراعاة للطرفين ، ودفع الضرر عنهما بقدر الإمكان .

وعلى هذا لو تبدل المجلس لم ينعقد العقد ، لأن الإيجاب عرض ينتهي بمجرد الانتهاء منه ، لكن الشارع اعتبره باقياً ما دام المجلس قائماً ، فإذا انقضى المجلس زال ذلك الاعتبار ويحكم بانعدام الإيجاب ، فإذا جاء قبول بعد هذا لا يجد إيجاباً يرتبط به [1] .

---

(١) القانون المدني موافق لرأى الجمهور وهو أنه لا يشترط أن يكون القبول فور الايجاب. بل يكفي اتحاد مجلس العقد . فالفقرة الثانية من المادة- ٩٤ - تنص على أنه يتم العقد ولو لم يصدر القبول فوراً إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الايجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد، ويقول الاستاذ السنهوري في وسيطه عند شرح هذه المادة : إن القانون أخذ هذا من المذهب الحنفي، وبعد أن أبان المراد من مجلس=

وبما ينبغي ملاحظته هنا أن اتصال القبول بالإيجاب ، أو اتحاد المجلس .

شرط في جميع العقود ما عدا ثلاثة ، الوصية والإيصاء والوكالة ، فإنه لا يشترط فيها ذلك الاتحاد .

فالوصية يكون الايجاب فيها في حياة الموصي ، والقبول بعد وفاته ، وعلى هذا لو قبل الوصية ، أوردها في حياة الموصي لا يلتفت إلى ذلك ، لأن التمليك فيها مضاف إلى ما بعد الموت فالقبول قبل هذا الوقت يكون لغواً ، ويجب إعادته بعد وفاة الموصي .

والقبول في الايصاء « وهو جعل الغير وصياً على أولاده ليرعى شئونهم بعد وفاته » لا يلزم أن يكون في مجلس الايجاب ؛ بل يصح أن يكون في غير هذا المجلس . في حياة الموصي أو بعد وفاته ؛ ولكنه إذا قبل في حياته لا يكون وصياً إلا بعد وفاته .

والوكالة مبنية على التوسعة واليسر فيصح قبولها في مجلس آخر . ولذلك يصح توكيل الغائب ولا يشترط فيها القبول باللفظ ؛ بل يكفي في القبول أن يشرع في فعل ما وكل به ، أو عدم الرد على رأي .

تلك هي الشروط اللازمة لانعقاد العقد . وقد رأيت أنها موزعة بين العاقد والمحل والصيغة ، فالأول والثاني يرجعان إلى العاقد ، والثالث يشترط في المحل والثلاثة الأخيرة ترجع إلى الصيغة ، ومع هذا التوزيع لا بد من اجتماعها ، فإن

= العقد قال : فليس من الضروري ان يكون القبول فوراً ، بل يصح متراخياً بشرطين :
١ ـ ان يبقى كل من المتعاقدين منشغلا بالتعاقد ، فإذا انصرف اي واحد منهما إلى شيء غيره اعتبر مجلس العقد قد انفض وسقط الايجاب .
٢ ـ ان يبقى الموجب على إيجابه فلا يرجع فيه اثناء المدة التي يبقى فيها مجلس العقد قائماً .

اختل واحد منها لا يوجد ارتباط بين القبول والإيجاب ، وبالتالي لا يوجد عقد، وإذا توافرت وجد العقد . لكنه قد يكون معيباً فلا تترتب عليه آثاره الشرعية إلا إذا توافر فيه نوع آخر من الشروط تسمى في عرف الفقهاء بشروط الصحة ، وهي تختلف باختلاف العقود .

هذا هو اصطلاح الحنفية في تكوين العقد ، فالعقد إذا وجد عندهم قد يكون سليماً من العيوب فتترتب عليه الآثار ، وقد لا يكون خالياً منها فلا تترتب عليه آثاره .

وأما غير الحنفية فلا يعتبر العقد موجوداً عندهم إلا إذا كان سليما من العيوب. فالعقد المعيب لا وجود له شرعاً في نظرهم ، وعلى ذلك تكون كل الشروط مشترطة لوجود العقد أو لانعقاده .

وهذا الخلاف مبني على الخلاف بينهم في حقيقة « الرضا والاختيار » هل هما شيء واحد ، أو متغايران ؟ وسيأتي بيان ذلك . كذلك الخلاف في وجود مرتبة في العقود بين الصحة والبطلان تسمى بالفساد . وسيأتي توضيح ذلك أيضاً .

خيار المجلس : ومما يتصل بهذا الموضوع خيار المجلس وهو « أن يكون لكل من المتعاقدين حق فسخ العقد ما لم يتفرقا بالأبدان .

ووقته المحدد له هو مجلس العقد كما يدل عليه اسمه .

أثبت هذا الخيار الإمامان الشافعي وأحمد بن حنبل ، لكنهما لم يثبتاه في كل العقود [١] بل في نوع منها فقط . وهي العقود اللازمة من الجانبين القابلة

(١) راجع المجموع شرح المهذب ج ٩ ص ١٧٤ وما بعدها .

للفسخ . كعقود المعاوضات المالية مثل البيع، والهبة بشرط العوض والإجارة وصلح المعارضة ، لأن الدليل المثبت له ورد في عقد البيع ، ويقاس عليه ما هو في معناه من عقود المعاوضات .

وأما العقود غير اللازمة من الجانبين كالعارية، والوديعة ، والوكالة ،والعقود اللازمة من جانب واحد ، كالرهن . والكفالة ، فهذه ليس فيها خيار مجلس لإمكان فسخها في أي وقت .

وكذلك العقود اللازمة غير القابلة للفسخ من الجانبين ، أو من جانب واحد كالزواج والخلع ، والطلاق على مال ، فهذه أيضاً لا يدخلها خيار المجلس ، لأن آثارها مترتبة عليها بمجرد صدورها ، ولا يمكن تأخيرها ، ولأنها ليست في حاجة إلى هذا الخيار ، لأنها لا تتم غالباً إلا بعد روية وإعمال فكر ، وخيار المجلس مشروع لتدارك الغبن الذي يلحق أحد المتعاقدين من قبوله فور الإيجاب من غير روية .

وأما الحنفية والمالكية فلم يثبتوا هذا الخيار في أي عقد من العقود .

والذاهبون إلى إثبات خيار المجلس يستدلون بحديث ورد في ذلك وهو ما رواه عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال : المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر»[1] فهذا صريح في أن العاقدين الذين تم بينهما البيع

---

(١) هذه إحدى روايات الحديث ، وقد روى بروايات أخرى ، ففي الصحيحين عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: البيعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار » وفي لفظ آخر : « إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكان جميعاً أو يخير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع فان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع » وفي لفظ النسائي : المتبايعان بالخيار الخ . راجع نصب الراية ص ١ ج ٤ وراجع نيل الأوطار ج ٥ ص ١٥٦ وما بعدها وفيه غير حديث ابن

لا يلزمهما العقد قبل التفرق ، وقضية ذلك أن يثبت لهما الخيار في فسخه ، وهو المراد بخيار المجلس . وهذا المعنى هو المتبادر من الحديث ، لأن راويـه وهو ابن عمر [1] فهمه على هذا الوجه ، وهو من فقهاء الصحابة المجتهدين، فلقد روى عنه أنه كان إذا باع وأراد أن ينفذ البيع سار خطوات ثم رجع ، وإذا اشترى شيئاً يعجبه فارق صاحبه ثم مشى قليلاً ورجع .

روى البخاري عنه أنه قال : بعت من أمير المؤمنين عثمان مالاً بالوادي بمال له بخيبر ، فلما تبايعنا رجعت على عقبي حتى خرجت من بيته خشية أن يرادني البيع ، وكانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا » وهذا دليل على أن بقاء المجلس مانع من لزوم العقد .

والحديث وإن كان وارداً في البيـــع إلا أنه ثبت حكمه في كل مـــا هو في

عمر حديث رواه حكيم بن حزام أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : البيعان بالخيار ما لم يفترقا أو قال حتى يفترقا فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما ، والمراد بالصدق والبيان صدق كل واحد منهما في بيـــان العيوب التي في سلعته ومقدار الثمن الخ ؛ ومحق البركة تلحق المدلس فقط .

(١) في المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٩ رد لذلـك خلاصته ، أن هـذا الحديث روي برواية أخرى وهي « البيع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله » رواه أحمد وأصحاب السنن إلا ابن ماجه وحسنه الترمذي قـال : والمراد بقوله خشية أن يستقيله » فسخ النادم منهما للبيـع لا الإقالة المعروفة ، والمعنى لا يحل لأحد المتابعين أن يفارق صاحبه بعـد البيـع خشية أن يختار فسخه في المجلس ، وما روى عن ابن عمر يدل على أنه لم يبلغه ذلك عن النبي ، ولو بلغه ما فعله ، ومتى صحت الرواية لا يلتفت الى قول أحد أو فعله .

وهذه الرواية التي يعنيها ابن قدامـة مروية عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده راجـــع المنتقى بشرح نيل الأوطار ج ٥ ص ١٥٩ وقـد بسط الشوكاني أراء الفقهاء في هـذه المسألة ومناقشاتهم فيها فارجع إليها إن شئت في هذا الموضع .

معنى البيع من عقود المعاوضات للمعنى الذي من أجله ثبت في البيع ، وهو التروي .

وإذا كان هذا هو معنى الحديث المتبادر منه فتفسيره بغير ذلك لا يقبل ، كتفسير المخالفين له : بأن المراد هنا المتساومان ، لأن حمل الحديث على هذا يخرجه عن أن يكون مفيداً حكماً ، لأن كون المتساومين بالخيار لا يحتاج إلى دليل يثبته .

وليس بلازم عند هؤلاء أن يكون الخيار في كل صورة ، بل لو قال أحد المتبايعين للآخر بعد تمام العقد : إختر الآن ، فاختار لزوم العقد في الحال بطل خيار المجلس . ولو بقيا زمناً طويلاً في مجلس العقد ، كما جاء في بعض روايات هذا الحديث : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع » .

والذين لم يثبتوا خيار المجلس يقولون : إن هذا الخيار مناف لقاعدة الالتزامات والعقود . فإن الله أمر بالوفاء بالعقود بقوله سبحانه : يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، ولا شك أن صدور الايجاب والقبول مرتبطين كاف في إثبات العقد ، فيكون مأموراً بالوفاء به ، والخيار مناف لذلك [1] لأن أساس العقود إنما هو التراضي من الجانبين ، وقد ثبت التراضي بصدور ما يدل عليه وهو الإيجاب والقبول : فيتحقق الالتزام من غير انتظار لآخر المجلس .

---

(١) ويقول الشاطبي في موافقاته: إن مالكاً رد هذا الحديث لمعارضته قاعدة الغرر والجهالة القطعية ، لأن المجلس ليس له حد معروف ولا أمر معمول به فيه لجهالة مدته ولو شرط أحد الخيار مدة مجهولة لبطل ذلك الشرط إجماعاً ، فكيف يثبت بالشرع حكم لا يجوز شرطاً بالشرع فقد رجع إلى أصل عنده . أن الحديث يرد لمعارضته الأصول القطعية . لأن الأصول قطعية وخبر الواحد ظني .

ثم أولوا حديث الخيار : بأن المراد بالمتبايعين المتساومان قبل العقد ، وسموا الخيار فيه خيار القبول ، وخيار الرجوع .

ويجاب عن هذا . بأن الحديث صريح في شرعية الخيـار ، وهو لا يتنافى مع وجوب الوفاء بالعقود ، لأن المراد بالعقود في الآية العقود اللازمـة ، وهي ما كانت خالية من الخيارات ، ثم ماذا يقولون في البيع الذي فيه شرط الخيار ، هل يمتنع على من له الشرط أن يفسخ العقد ؟ ، فإن قـالوا : إن ذاك ورد بـه نص . قيل لهم ، وهـذا كذلك ، والحديث صحيح مشهور رواه أصحـاب الكتب الستة ، وأمـا قضية التراضي فإن هـذا الخيار مشروع ليكون التراضي تاماً .

وتأويلهم للحديث غير مستساغ ، لأنه يجعله عديم الفائدة كما قدمنا .

هل الايجاب وحده ملزم لصاحبه ؟ : إذا كان انعقـاد العقد يتوقف على وجود الإيجاب والقبول ، وتوافر الشروط السابقة فلا يكون لوجود الايجـاب وحده أثر في إنشاء العقد ، ولكن هل يكون ملزماً لصاحبه الذي صدر منه ، فلا يجوز له الرجوع عنه حتى يعرف رأي من وجه إليه أولاً ؟ .

يرى جمهور علماء المالكية أن الموجب لا يملك الرجوع عن إيجـابه ، فإذا صدر منه كان ملزماً لصاحبه لا يبطل إلا بإعراض الآخر عنه ، أو بانتهـاء المجلس ما لم يكن محدداً له مدة أكثر منه ، كأن يقول الموجب : أنا على إيجابي مدة كذا من الزمان ، أو يقول : بعتك كذا بكذا على أن لك حق القبول في مدة اسبوع مثلاً .

ووجهتهم في ذلك : أن الموجب قــد أثبت للطرف الآخر حق القبول والتملك . فله أن يستعمل هذا الحق إذا أراد ، ويقبل مـا عرض عليه ، وله أن يتنازل عنه ويرفضه ، وحينئذ يكون الموجب مقيداً في تصرفه حتى يتنازل

الآخر عن حقه ، وعلى هذا لا يكون الرجوع مبطلا للإيجاب [1]

وذهب الجمهور أصحاب المذاهب الثلاثة وبعض المالكية إلى أن الموجب له حق الرجوع قبـــل قبول الطرف الآخر ، لأنه لم ينشىء التزاماً مطلقاً ، بل مقيداً بقبول الطرف الآخر ، ومعلقاً عليه ، فمـــا دام لم يتحقق الشرط وهو القبول لم يكن هناك التزام ، بل مجرد عرض لا يكون فيه حق ثابت للآخر ، لأنه مقيد ببقاء رضاه به ، على أن ملكه ثابت . وحقه في التمسك بـه أقوى من حق غيره ، وإذا كان الأمر كذلك فإن رجوعه يكون إبطـــالاً لإيجابه السابق [2] .

مبطلات الايجاب : يبطل الإيجاب بأمور :

١ – الرجوع عنه قبل القبول في المجلس عند الجمهور كمـا عرفنا ، ومثل الرجوع الصريح في هذا إذا أوجب إيجاباً ثانياً ، كما إذا قال : بعت لك هـذا بمائة ، ثم قال قبل قبول الآخر : بعته بمائة وعشرين ، فإن الايجاب الثاني يعتبر إعراضاً عن الايجاب الأول وإبطالاً له .

٢ – رفضه ممن وجه إليه صراحة أو ضمناً بإعراضه عنه ، لأنه موجه إليه ليقبله ، أو يرفضه ، فإذا رفضه بصريح العبارة أو أعرض عنه كان إبطالاً له

---

(١) مواهب الجليل شرح مختصر خليل ص ٢٤١ ج ٤ .

(٢) وفي هذا يقول صاحب البدائع من الحنفية : وأما صفة الإيجاب والقبول فهو أن أحدهما لا يكون لازماً قبل وجود الاخر ، فأحـد الشطرين بعد وجوده لا يلزم قبل وجود الشطر الاخر حتى إذا وجد أحد الشطرين من أحد التبايعين فللاخر خيار القبول ، وله خيار الرجوع قبل قبول الاخر . لما روى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنـه قـال : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعهما » والخيار الثابت لهما قبل التفرق عن بيعهما هو خيار القبول ، وخيار الرجوع ، ولأن أحد الشطرين لو لزم قبل وجود الاخر لكان صاحبه مجبوراً على ذلك الشطر وهذا لا يجوز) اهـ ج ٥ ص ١٣٤ .

٣ – انتهاء (١) مجلس العقد بالاتفاق ، لأن الايجاب اعتبر موجوداً ما دام المجلس قائماً . فلما انتهى زال ذلك الاعتبار .

ويلاحظ أن انتهاء المجلس يبطل الإيجاب عند المالكية بشرط ألا يكون الموجب قد قيد نفسه، بمدة أكثر من المجلس ، كأن يقول : أنا على إيجابي مدة يومين مثلاً ، لأن هذا التقييد ملزم له ، ويكون للطرف الآخر أن يقبل في هذه المدة ، وحينئذ لا يبطل الإيجاب بانتهاء المجلس .

٤ – خروج الموجب عن أهليته بالموت ، أو بالجنون قبل قبول الآخر فإذا جاء قبول بعد ذلك لم يجد إيجاباً يرتبط به ، لأن بقاء الإيجاب مدة المجلس أمر اعتباري ، فإذا زالت أهلية الموجب زال معها هذا الاعتبار لأحتمال رجوعه لو بقي على أهليته ، ولعدم فهمه للقبول وهو شرط للانعقاد ، ومثل ذلك زوال أهلية من وجه إليه الإيجاب ، لأن الإيجاب لا يعمل وحده بدون القبول ، وبزوال الأهلية لا يوجد قبول فيلغو الايجاب .

٥ – هلاك المبيع المعين بالإشارة ونحوها قبل القبول ، وكذلك تغيره تغيراً يصيره شيئاً آخر (٢) .

«١» هذا المبطل قد يكون من الموجب إذا أتى بشيء ينهي المجلس ، وقد يكون من الموجه إليه فهو أمر مشترك بينهما بخلاف الأول فإنه يكون من الموجب ، والثاني فإنه يكون من الموجه إليه .

«٢» التشريع الوضعي عرض لذلك في المواد ٩٢، ٩٣، ٩٤ من القانون المدني الجديد .

والذي يؤخذ من مجموعها ومن الشروح، أن الإيجاب نوعان : ملزم . وهو الذى عين الموجب فيه وقتاً للقبول ، لأنه بذلك يكون قد التزم بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي الميعاد ، وكذلك إذا لم يعين ميعاداً ، ولكن طبيعة المعاملة تقتضي الميعاد . كما إذا عرض مالك آلة أن يبيعها تحت شرط التجربة ، فان طبيعة هذا التعامل تفيد أن الموجب مرتبط بإيجابه طوال مدة التجربة .
=

العبارة الواحدة وأثرها في إنشاء التصرف « الالتزام والعقد »

قدمنا أن التصرف هو ما يصدر من الشخص بإرادته ويرتب عليه الشارع نتيجة من النتائج ، وأنه أنواع ثلاثة .

١ - ما صدر من شخصين متضمناً إنشاء التزام من الجانبين ، وهو العقد بالمعنى الأخص .

= وهذا الإيجاب لا يبطل إلا بأحد أمرين:

١ - إذا رفضه من وجه إليه الإيجاب سواء كان الرفض صريحاً أو ضمنياً .

٢ - إذا انتهت المدة المحددة للقبول ، ولم يوجد فيها قبول .

وهو في هذا متفق مع رأي المالكية .

وإيجاب غير ملزم . وهو الذي لم يحدد فيه وقت للقبول ، وهذا يبطل أيضاً بأحد أمرين :

إذا عدل الموجب عنه قبل انفضاض مجلس العقد .

٢ - انفضاض المجلس، وهذا كما ترى متفق مع مذهب الجمهور .

ثم إن القبول الصادر بعد بطلان الإيجاب في الصور السابقة يكون إيجاباً جديداً لا يجد إيجاباً قبله يرتبط به فيعتبر ابتداء عقد،فإذا التحق به قبول من الطرف الآخر تم العقد وإلا أخذ حكم الإيجاب السابق ، وهذا هو المقرر عند الفقهاء .

وأما فقدان الأهلية فلا يؤثر في إيجاب ولا قبول بالإبطال،فإذا جن الموجب أو مات بقي إيجابه قائماً،ويجوز لمن وجه إليه أن يقبله بعد ذلك فإذا كان الإيجاب ملزماً تم العقد وترتب عليه أثره بمجرد أن يعلم الورثة « في حالة الموت » أو القيم « في حالة الجنون » بقبول الطرف الآخر .

وإذا لم يكن الإيجاب ملزماً لا يتم العقد ، لأن القبول الذي صدر بعد ذلك لا يعمل عمله إلا إذا علمه الموجب ، وهو هنا لا يتصور منه العلم ، بخلاف ما إذا كان الذى فقد الأهلية هو القابل بعد قبوله،لأن القبول لا يبطل بفقدان الأهلية،ويظهر أثره باتصاله بعلم من وجه إليه وهو الموجب وأهليته باقية، راجع الوسيط للاستاذ السنهوري ص ١٨٧،١٨٨ .

ب – ما صدر من شخص واحد وتضمن إرادة إنشاء حق أو إسقاطه ، أو إنهائه ، وهو المسمى بالالتزام باتفاق الفقهاء ، وقد يسمى عقداً عند فريق منهم .

جـ – ما صدر من شخص واحد ولم يتضمن إرادة شيء من ذلك ، وهذا لا يسمى عقداً ولا التزاماً بل تصرفاً فقط .

ولا نزاع بين الفقهاء في أن العبارة الواحدة تنشىء النوع الثالث ، وهو التصرف المجرد عن الالتزام ، وأمثال ذلك كثير في الفقه الإسلامي .

فالإقرار بمجرد صدوره من المقر يوجد ويترتب عليه أثره ، ولا يحتاج إلى شيء آخر ، والإقرار ليس إنشاء لحق ، وإنما هو اعتراف بثبوته في الماضي .

والدعوى توجد عندما يوجد اللفظ الدال عليها من المدعى ، وكذلك الإنكار والقذف .

كما لا نزاع بينهم في تأثير العبارة الواحدة في إنشاء النوع الثاني ، وهو الالتزام من جانب واحد الذي يسميه بعض الفقهاء عقداً وحيد الطرف . ولا يحتاج في إنشائه إلى شيء آخر .

فالوقف يوجد بمجرد صدور العبارة السليمة من الواقف ، ولا يتوقف على قبول من الموقوف عليهم ، والوصية كذلك توجد بعبارة الموصى ، ولا يتوقف وجودها شرعاً على قبول من الموصى له ، وإنما القبول شرط للزومها في حقه ، أو لدخول الموصى به في ملكه .

ومثلها الطلاق المجرد عن المال ، فإنه إنهاء لحق الزوجية ، وبمجرد صدور العبارة الدالة عليه من الزوج يوجد ، ولا يتوقف على إرادة أخرى .

وكذلك إسقاط الحقوق ، كالتنازل عن حق الشفعة ، فمجرد أن يقول الشفيع : تنازلت عن حقي ، أو أسقطت حقي يسقط ذلك الحق : ولا يتوقف على عبارة أخرى .

وأما العقد بالمعنى الأخص المتفق عليه ، وهو ما كان التزاماً من شخصين فالفقهاء مختلفون في تأثير العبارة الواحدة في إنشائه ما بين مانع لذلك ، ومجيز له ، والمجيز ما بين مضيق وموسع .

ومع هذا الاختلاف فهم متفقون على أن الأصل في هـذا النوع هو تلاقي إرادتين من شخصين يدل عليهما عبارتان ، هما في الاصطلاح ، إيجـاب من طرف ، وقبول من طرف آخر ، وأن النتائج المترتبة عليه مختلفة بالنسبة لكل من الطرفين ، وحينئذ نستطيع القول بأن حقيقة الخلاف في هذا الموضع هي : هل العبارة الواحدة من الشخص الواحد يمكن أن تنوب عن العبـارتين من الشخصين وتؤدي الغرض المقصود منهما وهو إنشاء العقد أولاً ؟

هنا وفي هـذا الموضع نجد للفقهاء مذاهب ثلاثة :

المذهب الأول: المنع مطلقاً . وإليه ذهب زفر من الحنفية ، والإمام الشافعي تمسكاً بالأصل السابق موضحين هذا : بأن العقد تترتب عليه آثار مختلفة وأحـكام متباينة بالنسبة إلى كل من العاقدين ، فهذا مملك وذاك متملك ، وهـذا ملزم بشيء ، وذاك ملتزم به ، وأحدهمـا مطالب بتسليم شيء ، والآخر مطالب بتسلمه ، وهذا يقتضي وجود عبارتين من شخصين يتوزع بينهما أحكام العقد .

وهذا المذهب يقرر ذلك بالنسبة لجميع العقود حتى عقد الزواج الذي اتفق المذهبان الثاني والثالث على صحة إنشائه بعبارة واحدة ، لأن المانـع السابق موجود فيه ، ولأنه ورد فيه بخصوصه نص يمنع من صحته ، وهو حديث « كل

نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح ، خاطب وولى وشاهدا عدل [1] .

غير أن الامام الشافعي استثنى بعض صور . منها صورة [2] من عقدالزواج صحح فيها العقد بعبارة واحدة من شخص واحد ، وهي ما إذا زوج الجـــد حفيديه أحدهما للآخر ، بأن يزوج بنت ابنه المتوفى لابن ابنه المتوفى كذلك إذا كان في زواجها مصلحة .

والسبب في هذا الاستثناء ، هو أنه لم يثبت ولاية الاجبـار في الزواج إلا للأب والجد الصحيح .

ولما كانت عبارة الصغير ملغاة لا تعتبر أباح ذلك لأجل ضرورة وجود ولى واحد ، وعدم صحة التوكيل من الصغيرين ومحافظة على مصلحتها .

المذهب الثاني . وهو التفصيل بين عقود المعاوضات المالية ، وعقد الزواج فمنع في الأول ، وأجاز في الثاني ، وإليه ذهب أبو حنيفة وصاحباه،ووجهتهم في هذا التفريق :أن حقوق العقد في الزواج ترجع إلى الزوج والزوجة، والمتولي للعقد سفير ومعبر عنها فقط ،فعبارته قائمة مقام العبارتين ، وأمـــا في عقود المعاوضات الأخرى فالحقوق فيها ترجع إلى متولي العقد ، وهو العاقـد نفسه ، وهذا مانع من إنشائه بعبارة واحدة من شخص واحد ، لأن الحقوق متباينة ،

---

(١) هذا الحديث رواه البيهقي عن أبي هريرة مرفوعاً وموقوفاً ، وفي اسناده المغيرة بن موسى البصري:قال البخاري منكر الحديث،ورواه الدارقطني بسند عن عائشة بلفظ « لا بد في النكاح من أربعة الولي والزوج والشاهدين » وفي اسناده أبو الخصيب نافـــم بن ميسرة وهو مجهول.وهكذا يكون الحديث مطعوناً فيه فلا يحتج به.راجع نيل الأوطار ص ١٠٨ ج ٦ :

(٢) للشافعية مسائل أخري مستثناة من هذا الأصل منها : أنه يجوز الأب والجد أن يرهنا ما لهما لموليهما إذا كان له دين عليهما وبالعكس.وفي هذه الحـالة يتولى الأب أو الجـد طرفي عقد الرهن.نهاية المحتاج ج٤ص٢٣٢والأشباه والنظائر للسيوطيص٣٢٣

فلا بد من عاقدين لتتوزع تلك الحقوق عليهما ، ومع هذا الفرق فقد استثنوا من عقود المعاوضات بعض صور قليلة استحساناً على خلاف القياس كبيع الأب أو وصيه أو الجد مال الصبي الذي في ولايته من نفسه ، أو شرائه منه ، وكذلك بيع الأب مال أحد ولديه الصغيرين للآخر ، وعللوا هذا الاستثناء : بأن الحاجة الملحة تقتضي إجراء هذه العقود من شخص واحد لعدم صحة التوكيل من هؤلاء الصغار ، فلو منع ذلك لتعطلت مصالحهم ، كما أن وفور الشفقة عند هؤلاء وحرصهم على مصلحة الصغار مانع من قصد إلحاق الضرر بهم [1] .

ولهذا المعنى أيضاً جوزوا للقاضي في بعض الصور أن يعقد البيع بعبارة واحدة، فأباحوا له أن يبيع مال قاصرين – لا ولي لهما – من بعضهما، أو مال أحد الوقفين للآخر باعتبار ماله من الولاية العامة .

وأما عقد الزواج فقد كان استثناؤه بناء على أن حقوق العقد ترجع إلى الزوجين كما سبق إلا أنهم شرطوا في صحة ذلك أن يكون المتولى له بعبارة واحدة له صفة بالنسبة لطرفي العقد تجيز له إنشاء العقد ، سواء كانت الصفة متحدة كالولاية عليهما أو الوكالة عنهما ،أو مختلفة كالولاية بالنسبة لأحد الطرفين، والوكالة بالنسبة للطرف الآخر ، وما دامت الحقوق راجعة إلى الزوجين فلا تناقص في هذا .

أما إذا كان الشخص الذي تولى عقد الزواج له صفة عن أحد الطرفين،وليس

---

(١) جاء في البحر الرائق جـ٨ص١٢٢ :وغير الأب والجد لا يتولى طرفي العقد عند المعارضة المالية لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد . فيصير الواحد طالباً ومطالبا ومسلما ومتسلما ، وكذا الأب والجد قياسا وهو قول زفر ويجوز استحسانا وهو أنه لكمال شفقته قام مقام شخصين وعبارته مقام عبارتين ورأيه مقام رأيين فجعل كأنه باعه منه وهو بالغ وهو يتحمل لحق الأبوة حقوق العقد نيابة عنه .ا هـ

له صفة بالنسبة إلى الآخر ، كأن يكون ولياً ، أو وكيلا عن طرف وفضولياً بالنسبة إلى الثاني ، فلا ينعقد عند أبي حنيفة ومحمد ، وأجاز أبو يوسف ذلك ، وقال ينعقد موقوفاً ، وهي المسألة المشهورة بتزويج الفضولي ، ثم إنهم استندوا في هذا الاستثناء إلى آثار شرعة منها .

ما رواه أبو داود عن عقبة بن عامر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل « أترضى أن أزوجك فلانة » ؟ قال نعم ، وقال للمرأة : أترضين أن أزوجك فلاناً ، ؟ قالت نعم ، فزوج أحدهما من صاحبه [1] .

وما رواه البخاري من أن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم بنت قارظ : أتجعلين أمرك إليّ ؟ قالت نعم ؛ قال : « تزوجتك » [2] ، فقد تم عقد الزواج في الحديث الأولى بعبارة واحدة من رسول الله بوكالة عن الزوجين ، وفي الأثر الثاني بعبارة من شخص له صفتان أصالة عن نفسه ووكالة عن المرأة .

وبعد هذا كله يعللون الجواز : بأن العبارة الواحدة في تلك الصورة قائمة مقام العبارتين ، ومعبرة عن إرادتين ؛ ويكون الشخص موجباً وقابلاً في آن واحد . فعبارته باعتبار صفته عن أحدهما تكون إيجاباً ، وباعتبار صفته عن الآخر تكون قبولاً .

المذهب الثالث : وهو الجواز مطلقاً في جميع العقود لا فرق بين عقد وعقد ؛ وإلى هذا ذهب الحنابلة . وهذا المذهب كما ترى يخالف المذهب السابق في عقود

---

(١) بقية الحديث في نيل الأوطار ج ٦ ص١١٣ « فدخل بها ولم يفرض لها صداقا ،ولم يعطها شيئا،وكان ممن شهد الحديبية وكل من شهد الحديبية كان له سهم بخيبر.فلما حضرته الوفاة قال:إن رسول الله زوجني فلانة ولم أفرض لها صداقا ولم أعطها شيئا وأني أشهدكم أني أعطيتها من صداقها سهمي بخيبر.فأخذت سهمه فباعته بمائة ألف درهم .

(٢) المرجع السابق .

المعاوضات المالية ، فيصح أن يتولى عقد البيع أو الاجارة وما شابهها عاقد واحد عن الطرفين ، ولكن بشرط أن يكون له صفة تجيز إنشاء العقد ، لأن عقد الفضولي الذي لا صفة له غير صحيح عندهم . والسبب في هذه المخالفة أن المانع من ذلك غير موجود . لأن حقوق العقد في المعاوضات ترجع إلى غير من باشر العقد من وليّ أو وكيل ، وما دامت الحقوق ترجع إلى غير المباشر فلا يقال: إنه لا يعقل أن يكون الشخص مملكاً ومتملكاً في آن واحد ، لأن المملك هنا غير المتملك .

وأنت ترى أن مذهب الحنابلة هذا فيه شيء من المغالاة يظهر ذلك فيما قالوه في عقد الوكالة : من أنه يصح أن يكون الشخص وكيلا عن المدعي ، والمدعي عليه ، فيدعى عن أحدهما ويجب عن الآخر ، ويقيم حجة كل واحد منهما [1] .

كما أن المذهب الأول فيه تضييق على الناس ، فقد توجد ضرورة أو حاجة ملحة تقتضي أن يقوم شخص واحد مقام شخصين فيعقد عنهما ، فمنع ذلك إضرار بالناس وإيقاع لهم في الحرج ! وهما منفيان عن شريعة الله التي جاءت باليسر والرحمة للناس ، على أنه مخالف للحديث الذي رويناه من قبل في صحة عقد الزواج بعبارة واحدة .

ومن هذا يتبين لنا رجحان المذهب الثاني .

هذا هو أثر العبارة الواحدة في الالتزام من جانب واحد ، والالتزام من جانبين « العقد ذي الطرفين » وهناك نوع من العقود وسط بين النوعين، وبعبارة

---

(١) راجع كشاف القناع جـ٢ ص٢٣٨، ٢٣٩ .

أخرى مختلف فيه بين الفقهاء ، هل يتوقف تحققها على إيجاب وقبول أو يكفي فيها الإيجاب فقط .

وأثر العبارة الواحدة فيها ظاهر . فعلى القول بأن ركنها الإيجاب تكون العبارة الواحدة من شخص واحد كافية في إنشائها ، وعلى الرأي الثاني وهو أن ركنها الايجاب والقبول فلا يكفي فيها عبارة واحدة ، أو على الأقل تأخذ حكم العقد ذي الطرفين من هذه الناحية ، وقد علمت ما فيه من خلاف .

ومن أمثلة هذا النوع . الهبة . والكفالة . والإبراء من الدين .

صيغة العقد : وبم تتحقق ؟ صيغة العقد هي صورته الحسية التي يوجـــد بوجودها في الخارج ، أو هي الدال على توجه إرادة العاقدين ، ذلك لأن الأساس في العقد هو توجه إرادة العاقدين لانشائه ، وهذه الارادة أمر باطني لا يظهر إلا بما يدل عليه من قول أو فعل أو كتابة أو إشارة ، وهـذا الدال هو الذي سماه الفقهاء صيغة العقد .

وإذا كان معنا دال ومدلول ، والمدلول هو الأصل ، ولكنه خفى لا اطلاع عليه ، والدال هو المبين له وهو ظاهر ، فلا بد إذاً في هذا الدال من أن يكون واضحاً في دلالته على ما قصده المتعاقدان من غير احتمال لمعنى آخر كالوعـــد والمساومة – كما سبق – ولا يضر بعد ذلك أن يكون قولاً أو فعلاً أو إشارة ، او كتابة .

والأصل في التعبير أن يكون بالكلام

وقد اتفق الفقهاء على أن الكلام هو السبيل الأول للتعبير [1] عن الارادة

---

(١) يقول القرافي في آخر كتابه الأحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام ص ٨١ عند بيان المفتي لفتواه والأحسن أن يكون البيان باللفظ دون الكتابة فإن اللسان يفهم ما لا يفهمه القلم، فإنه حي والقلم ميت » .

لذلك ينعقد به كل عقد أياً كان نوعه متى كان العاقد قادراً عليه، وبأي لغة متى كان العاقدان يفهمانها ، ولا يشترط في اللغة أن تكون فصيحة ، بل يصح أيضاً باللغة العامية ، وبأي لفظ متى كان واضح الدلالة على المراد .

فمثلاً يصح في البيع أن يقول الموجب : بعت لك هذا بكذا أو ملكته لك بكذا ، أو أعطيتك هذا الشيء بكذا، أو وهبتك هذا بثمن قدره كذا ويقول القابل : اشتريت ، أو قبلت أو رضيت ، أو خذ الثمن وهات المبيعلم يخرج عن هذا الاتفاق إلا عقد الزواج ، فإن الفقهاء مختلفون فيما يعقد به من الألفاظ مابين مضيق وموسع ، فبينما يذهب فريق منهم كالشافعية ، [1] إلى أنه لا ينعقد إلا بلفظي الزواج والنكاح ، وما أخذ منهما من الأفعال، كزوجتك وزوجني . وما شاكل ذلك، وهذا في حق من يحسن العربية،وأما من لا يحسنها فيصح منه باللفظ الذي يؤدي هذا المعنى .

ومستندهم في هذا الرأي : أن عقد الزواج ليس ككل العقود لما له من عظيم الخطر حيث ورد على المرأة وهي حرة ، وشرع لأغراض عظيمة ، منها تكثير النسل وتكوين الأسر، فهو بهذا يكون فيه ناحية تعبدية تجعلنا نقف عند ماحدده الله لانتعداه لا بقياس ولا بغيره ، والقرآن جاء في موضع تشريعه بهذين اللفظين فقط ، جاء ذلك في أكثر من عشرين آية . منها قوله تعالى :

« فانكحوا ما طاب لكم من النساء » [2] ، « وأنكحوا الأيامى منكم[3] » « حتى تنكح زوجاً غيره [4] » ، « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن [5] » ، « فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها » [6] .

---

(١) ويوافقهم الحنابلة في هذا كما في كشاف القناع ص ٣٠ حـ ٢ . ولهم قول آخر أوسع من هذا كما في المغني وكذلك الشيعة الجعفرية .

(٢) النساء - ٣ (٣) النور - ٣٢ (٤) البقرة - ٢٣٠ (٥) البقرة - ٢٢١

(٦) الأحزاب - ٣٧

نقول بينما نجد هذا الفريق من الفقهاء يذهب إلى هذا الرأي إذ بنا نجد آخرين كالحنفية[1] يذهبون إلى عكس ذلك، فيصححون عقد الزواج بكل لفظ يدل على تمليك العين في الحال، كالتمليك والبيع والصدقة والعطية إذا وجدت قرينة دالة على أن المراد بها الزواج سواء كانت هذه القرينة تسمية المهر أو غيرها [2].

ورأي الحنفية في نظري أرجح من الرأي الآخر: لأن عقد الزواج كغيره من العقود التي تنشأ تبعاً لرغبة المتعاقدين، وتراضيهما، ومادام اللفظ المستعمل ينبىء عن تراضي الطرفين مفهوماً لهما ولشهود العقد فهو محقق للغرض الذي من أجله صدر، والمسألة ليست مسألة ألفاظ، لأنه كما ورد في تشريعه لفظ الزواج والنكاح ورد أيضاً لفظ الهبه في كتاب الله «وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين» [3]. وما قيل: من أن انعقاد الزواج بلفظ الهبة خصوصية لرسول الله كما يدل آخر الآية مدفوع: بأن الخصوصية في إباحة تزوجه صلى الله عليه وسلم بغير مهر كما يدل عليه سياق الآيات.

ثم ماذا يقولون في التمليك الذي جاء في بعض روايات حديث ورد في الزواج، وفيها يقول رسول الله للرجل «ملكتكها بما معك من القرآن» [4]؟.

---

(١) مذهب المالكية فيه اتفاق على انعقاده بلفظي النكاح والزواج وما أخذ منهما. وفيه اختلاف في ألفاظ الهبة والبيع والتمليك إذا ذكر معها ما يدل على أنه أريد الزواج ففي كتاب التاج والأكليل شرح مختصر خليل ص ٤٢ ج ٣ ما ملخصة: وفي انعقاده بلفظ الهبة تردد وكذلك ما عدا زوجت وأنكحت.

وفي حاشيته المسماة بمواهب الجليل ص ١٩ قال ابن الحاجب: الصيغة لفظ يدل على التابيد مدة الحياة كانكحت وزوجت وملكت وبعت، كذلك وهبت بتسمية صداق اهـ.

(٢) راجع فتح القدير باب النكاح ج ٢ ورد المحتار لابن عابدين جـ ٢ باب النكاح،

(٣) الأحزاب ٥٠

(٤) أصل هذا الحديث أن امرأة جاءت إلى رسول الله تعرض نفسها عليه للزواج فاعرض=

كل ذلك يدل على أن الزواج يصح بكل لفظ يفيد التمليك للعين في الحال فما الفرق بين لفظ البيع والصدقة وبين لفظ التمليك في إفادة الملك متى ذكر معه المهر المختص بعقد الزواج ؟ .

والفقهاء – مع اختلافهم هذا – متفقون على أنه لا ينعقد بألفاظ الاعارة والاباحة . والاحلال ، ولاجارة ، والوصية ، لأن هذه الألفاظ بعيدة عن معنى الزواج فلا تدل عليه .

ثم إنهم تكلموا عن الصيغة من ناحية أخرى ، وهي بأي الأفعال تكون أبالماضي ، أم بالمضارع والأمر ؟ .

ذلك لأن هذه الأفعال تختلف في دلالتها ، فالماضي يدل على حصول الحدث قطعاً من غير احتمال ، أما الأمر والمضارع فيدلان على حصول الحدث في الحال والاستقبال ففيهما احتمال الوعد والمساومة .

من أجل هذا اتفقوا على انعقاد العقد بالفعل الماضي ، لأنه أدل على المراد من غيره ، وليس معنى هذا أنه وضع لإنشاء العقد، بل المراد أن الناس من حين تعاقدوا استعملوه ، فلما جاء الإسلام أقرهم على ذلك ، والناس حينما يتبايعون يقولون : بعت ، واشتريت ، ورهنتك ، وزوجتك ، ووهبتك ، وأعرتك بأسلوب الماضي .

= عنها الرسول : فقال رجل من الجالسين : إن لم يكن بك حاجة إليها فزوجنيها يا رسول الله . فقال له الرسول : هل عندك مال تدفعه لها ، فقال الرجل : ليس عندي إلا إزاري هذا ، فقال له : هل عندك غيره ، فقال لا ، فقال له : التمس ولو خاتماً من حديد ، فذهب الرجل ورجع فقال : ولا خاتماً من حديد ، فقال له الرسول ماذا تحفظ من القرآن ، فقال الرجل سورة كذا وكذا وعد سوراً ، فقال الرسول : علمها شيئاً من القرآن ، ثم قال : ملكتكها بما معك من القرآن » .

وأما غيره من الأفعال فينعقد العقد بها إذا وجدت قرينة تنفي احتمال العدة والمساومة . مثل زوجني بمهر كذا . فيقول الآخر: زوجتك، ومثل قول الرجل للمرأة : تزوجيني نفسك بمهر قدره كذا ، فتقول له : زوجتك نفسي . . الخ .

والجملة الاسمية تصلح لذلك أيضاً على الأصح ، فإذا قال شخص لآخر : أنا بائع لك كذا ، أو أنا واهب لك كذا ، فقال الآخر ، أنا قابل ، انعقد ، وكذلك حرف الجواب ، كنعم في مثل قول القائل : بعني هذا الشيء بكذا فيقول الآخر : نعم .

وأما الكتابة : فينعقد بها العقد بشرط أن تكون مستبينة [1] بأن تبقى صورتها بعد الانتهاء منها ، وأن يقرأ كل من المتعاقدين ما كتبه الآخر ويفهمه ، فإذا كتب أحد المتبايعين كلمة الايجاب . بعت لك هذا الشيء بعشرين قرشاً ، فكتب الآخر قبلت. وكانت الكتابة مستبينة، وقرأها كل من المتعاقدين وفهمها فإنه ينعقد عقد البيع حينئذ ، كما لو تلفظا بهاتين العبارتين ، وأما لو كانت الكتابة غير مستبينة كما لو كتب على الماء ، أو في الهواء ، أو كانت باقية ، ولكن أحدهما لم يقرأ ما كتبه الآخر ، أو قرأه ولم يفهمه ، ولكنه كتب كلاماً يدل على أحد ركني العقد ، ففي هذه الصور لا ينعقد العقد لاختلال شرط من شروط الانعقاد .

ثم إن الكتابة معتبرة بأي لغة كانت ما دامت مفهومة ، ولا يشترط في الانعقاد بها عجز العاقدين عن النطق ، بل يصح وإن كانا قادرين عليه ، وهذا الحكم يسري في كل العقود ما عدا الزواج في حال اجتماع الطرفين فيمكان واحد؛ فإنه لا ينعقد العقد بالكتابة منهما إلا إذا كانا عاجزين عن النطق .

والسبب في ذلك أن عقد الزواج يشترط في صحته حضور الشهود وسماعهما

---

(١) راجع تبين الحقائق للزيلعي ، وحاشية الشلبي عليه جـ ٦ صـ ٢١٨ في بحث مسائل شتى

كلام الزوجين ، وهذا لا يتيسر في الكتابة ، ولأن عقد الزواج أساسه العلنية دون السرية ، وبالكتابة يكون سراً ، والرسول قد أمر بإعلانه بقوله : « أعلنوا هذا النكاح » .

أما إذا كانا غير مجتمعين بأن كان أحدهما في بلد والآخر في بلد آخر فيتعذر الانعقاد بالكلام ، فيكون كحالة العجز عن النطق ، وحينئذ يصح الانعقاد بالكتابة. كأن يكتب أحد الراغبين رغبته في كتاب يقول: زوجيني نفسك بمهر قدره كذا . ثم يرسله إلى طرف آخر ، فإذا وصله قبل في مجلسه « مجلس قراءة الكتاب » انعقد العقد ، ويكون هذا أمام شاهدين يقرأ عليهما الكتاب الذي فيه الايجاب ، ثم يقبل بكلام مسموع لهما ، فلو قام من غير أن يقبل انتهى الإيجاب ، حتى إذا قبل بعد ذلك لا ينعقد العقد

ولكن بعض الفقهاء توسع في هذا واعتبر بقاء الايجاب مرتبطاً بوجود الكتاب نفسه، فما دام الكتاب موجوداً مع المرسل إليه له أن يقبل في أي وقت ولا يتقيد بالمجلس ولكن الراجح هو الرأي الأول .

ومثل إرسال الكتاب إرسال الرسول لتبليغ الايجاب ، ومجلس التبليغ هو مجلس العقد فيجب أن يقبل فيه . [1]

وأما الاشارة : فلا تخلو إما أن تكون من القادر على الكلام أو من العاجز عنه كالأخرس مثلاً ، والعاجز إما أن يكون يحسن الكتابة أو لا يحسنها حالات ثلاث يختلف الحكم فيها .

الحالة الأولى : إذ كانت من القادر على الكلام فلا ينعقد بها العقد عند جمهور

---

(١) وفي هذا يقول صاحب الهداية من الحنفية ، والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة « اهـ .

الفقهاء ، لأن الأصل في التعبير عن الارادة يكون بالكلام ولا يلجأ إلى غيره إلا عند العجز .

ولكن المالكية يخالفون في ذلك ، ويقررون أن الإشارة المفهومة معتبرة في العقود ، لأن المقصود هو التعبير عن الإرادة بما يدل عليها والإشارة المفهمة تدل على ذلك ، بل إنها أولى في الدلالة من الفعل الذي ينعقد به العقد بلا خلاف إلا في التفصيل ، : على أن الإشارة سماها القرآن كلاماً في قصة زكريا عليه السلام في قوله تعالى : « قال رب اجعل لي آية . قال آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزاً » [1] والرمز الإشارة ، ولكنهم استثنوا من ذلك عقد الزواج ، فقالوا : إنه لا ينعقد بالإشارة في تلك الحالة ، لخطورته وما يترتب عليه من آثار في غاية الأهمية .

والقانون المدني الجديد يوافق ما ذهب إليه المالكية فيقرر في المادة (٩٠) التعبير عن الارادة باللفظ وبالكتابة وبالاشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقته المقصودة ».

الحالة الثانية : إذا كانت من الأخرس الذي ولد ومعه هذه الآفة [2] وكان عاجزاً عن الكتابة فإن عقده ينعقد بها بلا خلاف بين الفقهاء بشرط أن تكون مفهمة ، فإن كانت غير مفهمة اعتبرت لغواً .

الحالة الثالثة : إذا كانت من العاجز الذي يحسن الكتابة ففي مذهب الحنفية روايتان .

---

(١) آل عمران — ٤١ .

(٢) قيدنا بذلك لأن الخرس الطارىء بسبب المرض مختلف في اعتبار الاشارة من صاحبه ، فقيل تعتبر كالأخرس الأصلي، وقيل لا تعتبر إلا اذا يئسنا من عودة النطق إليه وهو رأي الحنفية.

إحداهما تقرر إنها تعتبر ، لأنـه عند العجز عن الكلام ينتقل إلى ما يقوم مقامه ، والاشارة والكتابة في ذلك سواء .

والرواية الأخرى تقول . إن الكتـابة أبلغ في الدلالة من الاشارة ، لأن الكتابة يعرفها كل من يقرأ ، بخلاف الاشارة فإنه لا يعرفها كل واحد ، على أن دلالتها فيها اشتباه ، فكانت الكتابة أقوى من الاشارة وعنـد اجتماع الدلائل يقدم الأقوى ، وعلى هذه الرواية سارت المحاكم .

التعاقد بالافعال : لا خلاف بين الفقهاء في أن الزواج لا ينعقد بالأفعال الدالة على الرضا ، كإعطاء المهر مثلاً ، فلو أعطى رجل امرأة مبلغاً من المـال على أنه مهر بقصد الزواج المتفق عليه بينهما قبل ذلك ، فتابعته المرأة من غير أن يتلفظا بعقد ، وعاشا معاً كالأزواج ، كان ذلك مجرد تراض على المعاشرة والاستمتاع ، ولا يكفي في تمييز الزواج عن السفاح [1] .

ذلك لأن عقد الزواج له خطورته لما يترتب عليه من الآثار ، وأنه وارد على المرأة وهي حرة لم تبح إلا للضرورة [2]، فحفظاً لكرامتها وصوناً لها عن الابتذال لم يبح حلها بفعل يدل على ذلـك ، بل لا بد من القول حتى يسمع شهود العقد ليتحقق الاعلان المأمور به .

ثم إن الناس تعارفوا التعاقد بالفعل في غير الزواج على مر الزمان، ولم يحدث أن عقدوا زواجاً بالأفعال ، وألحق الشافعي بالزواج الطلاق والخلع والرجعة فلم

---

(١) قال في العمادية : لا ينعقد الزواج بالتعاطي حتى لو قالت امرأة لرجل: زوجتك نفسي بدينار فدفع الدينار إليها في المجلس ولم يقل بلسانه شيئاً لا ينعقد النكـاح وإن كان بحضرة الشهود » اهـ .

(٢) ولذلك قيل في القواعد « إن الاباحة والبذل إنما يجريان في الأموال لا في المتعة » البدائع ج ٦ ص ٣٢٧ .

يجوزها إلا بالقول ، ومثل الزواج الوصية فإنه لا يتصور عقدها بالفعل وأمابقية العقود فقد اختلفت اجتهادات الفقهاء فيها على ثلاثة آراء .

الأول : أنها لا تعقد بالأفعال ، لعدم قوة دلالتها على التعاقد، لأن الأصل في العقود أن تكون بالألفاظ لوضوح دلالتها ، لأن الناس يعبرون بها عن أغراضهم ولم يعدل عنها إلى غيرها إلا في مواضع الحاجة ، كالأشارة بالنسبة للأخرس ، أو الكتابة لأنها قائمة مقام الكلام ، ولأنها تنحل إلى ألفاظ عند قراءتها، وليس فيها احتمال ، أما الأفعال فإنها تختلف باختلاف الناس، وتحتمل غير المراد من العقد، فلا يعقد بها أي عقد .

هذا ما ذهب إليه الشافعي وأحمد في رواية عنه .

ولما في هذا القول من الحرج ذهب بعض المتأخرين من الشافعية إلى أنه يصح فيما تعارفه الناس ، ومنهم من صححه في الأمور التافهة لا النفسية [1] .

الثاني : أنها تعقد بالأفعال فيما تعارفه الناس سواء كان حقيراً ، أو نفيساً ، لأنه بعد التعارف واعتياد الناس له يصير أداة ظاهرة في التعبير عن الارادة .

ومن هذا النوع ركوب السيارات المعدة لنقل الركاب بالأجر ، والقطارات وحياكة الثياب ، وشراء الصحف والمجلات ، والأشياء المحددة الأثمان بدفع الثمن وأخذ المبيع ، والتصدق ، وهذا مذهب الحنفية ورواية عن أحمد ، وإليه مال بعض الشافعية كما سبق فإن من قال منهم يجوز في الحقير دون النفيس قاله بناء على جريان العرف بذلك .

ثم إن الحنفية صححوه بشرط أن يكون ثمن المبيع معلوماً علماً نافياً للجهالة

(١) راجع نهاية المحتاج ص ٤ ج ٣ ، وبهذا قال الكرخي من الحنفية ، كما في الدر المختار « أول باب البيع » .

الفاحشة المؤدية إلى النزاع وإلا فسد العقد ، ولا يلزم لانعقاد العقد أن يكون التعاطي من الجانبين على رأي محمد ، وعليه الفتوى ، بل يكفي أن يكون من جانب واحد ، فإذا أخذ البائع الثمن، ولم يعط المبيع، أو أخذ المشتري المبيع، ولم يعط الثمن صح البيع ولزم حتى ولو تغير الثمن [1] .

الثالث : إنها تنعقد بالأفعال متى كان الفعل واضح الدلالة في جميع العقود ما عدا الزواج ، سواء جرى به العرف أو لا ، وهو ظاهر مذهب أحمد بن حنبل، ومذهب مالك [2] .

وينعقد بالفعل سواء كان من الجانبين أو من جانب واحد ، كما في المذهب السابق إلا أنه لا يكون لازماً [3] إذا كان من جانب واحد حتى يوجد القبض من الجانب الآخر فيلزم.

ووجه هذا الرأي أن الشارع لم يجعل للعقود رسما خاصاً توجد عليه ، وإنما جعل الأساس في إنشائها هو التراضي . والتراضي أمر باطني لا يظهر لنا إلا بما يدل عليه ، فكل ما دل على وجود التراضي فهو معتبر في نظر الشارع . والأفعال الواضحة لا تقل عن غيرها في الدلالة، ولا أدل على ذلك من تعاقد الناس بالأفعال من عصر النبوة وما بعده من العصور ، على أن الكلام والاشارة والكتابة التي

---

(١) راجع رد المحتار لابن عابدين ص ١٥ وما بعدها ج ٤ .

(٢) جاء في كتاب الفروق للقرافي ج ٣ ص ١٤٣ وما بعدها ، في الفرق - ١٥٧ - بين قاعدة البيع توسع العلماء فيه حتى جوز مالك البيع بالمعاطاه وهي الأفعال دون شيء من الأقوال وزاد على ذلك حتى قال : كل ما عده الناس بيعاً فهو بيع ، وقاعدة النكاح . وقع التشديد فيها في اشتراط الصيغ حتى لا أعلم أنه وجد لمالك القول بالمعاطاة فيه ألبتة بل لا بد من لفظ) . راجع هذا الفرق فإنه بين فيه السبب في أن عقد الزواج لا يصح بالأفعال أجلى بيان .

(٣) ويترتب على ذلك أن الشخص لو اشترى طعاماً معلوم الثمن بالتعاطي ولم يدفع ثمنه جاز أن يأكله لصحة العقد وجاز له أن يرده ويأخذ بدله ، وليس فيه بيع طعام بطعام نسيئة ، لأن العقد منحل قبل القبض من الجانبين .

أجازوا بها التعاقد بالاتفاق ما هي إلا أفعال في حقيقتها ، فما وجه إجـــازة التعاقد إذاً ببعض الأفعال دون البعض الآخر ؟ لا شيء إلا أنه تحكم لا أساس له في شرع الله .

ونحن إذا نظرنا إلى هذه الآراء على ضوء ما هو مقرر في شريعة الله من أنها جاءت بما يحقق مصالح الناس من غير إيقاعهم في حرج ، أو عنت نستطيع أن نقول : إن أرجح هذه الأراء هو الرأي الثالث ، لأنه يتفق والحياة العملية لمافيه من يسر وتيسير .

والتشريع الوضعي بمصر يوافق هذا الرأي جاء ذلك صريحاً في المادة ـ ٩٠ من القانون المدني الجديد ، ونصها :

١ ـ التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالاشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود .

٢ ـ ويجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمنياً إذا لم ينص القـــانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً .

ويقول الدكتور السنهوري في وسيطه[١] عند هذا الموضع . ويكون التعبير الصريح أخيراً باتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود ، فعرض التاجر لبضائعه على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً صريحاً ، ووقوف عربات الركوب ونحوها في الأماكن المعدة لذلك عرض صريح على الجمهور ، ووضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل كميزان أو آلة لبيع الحلوى أو نحو ذلك ، ، كل هذا يعد تعبيراً صريحاً .

---

(١) ص ١٧٦ وما بعدها .

العقد بين نية العاقد وإرادته

أو بين الارادة الباطنة والارادة الظاهرة

عرفنا مما تقدم أن العقد لا يوجد إلا إذا وجدت إرادتان. إرادة باطنة تسمى عند الفقهاء بالنية، وإرادة ظاهرة، وهي المسماة بالصيغة، والأولى هي الأصل، ووظيفتها التوجيه للظاهرة، والثانية دالة على الأولى، ووظيفتها إبراز ما في النفس، فهي المؤثر الظاهر في وجود العقد في الخارج.

وعلى هذا لا يكون لوجود إحداهما منفردة أثر في وجود العقد وترتب آثاره عليه. فلو عزم شخص في نفسه على بيع ماله، أو إجارته، أو رهنه من غير أن يوجد منه ما يدل على ذلك لا يكون عزمه هذا إيجاباً من جانبه.

ولو عزم رجل على الزواج من امرأة معينة، وعزمت هي على ذلك، فلا زواج بينهما ما لم يوجد ما يظهر هذا العزم.

وإذا وجدت الارادة الظاهرة وحدها فلا تفيد شيئاً. كما إذا صدرت العبارة ممن ليس له إرادة كصبي غير مميز، أو نائم، أو مجنون، لأن الارادة الظاهرة ما هي إلا دليل معبر عما في النفس، فإذا لم توجد إرادة باطنة لا تكون هذه دالة وعند انتفاء دلالتها ينتفي عملها.

هذا مما لا نزاع فيه بين الفقهاء، وكما اتفقوا على ذلك اتفقوا على أنه يوجد العقد وتترتب عليه الآثار إذا وجدت الارادتان متوافقتين، وإنما الخلاف بينهم

فيما إذا وجدنا وكان في إحداهما خلل ، أو لا توافق بينهما ، ففي هذه الحالة هل يعول على الباطنة أو الظاهرة ، وقبل تفصيل ذلك يحسن بنا أن نبين ما تتحقق به الإرادة الباطنة ، أو الأساس الذي تقوم عليه ، بعـــد أن عرفنا في البحث السابق ، ما تتحقق به الإرادة الظاهرة .

وقد اتفق الفقهاء على أنهـا تتحقق بالرضا والاختيار ، ولكنهم اختلفوا في أنها شيء واحد ، أو متغايران ، وبعبارة أخرى . هل هما متلازمان . إذا وجد أحدهما يوجد الآخر أولا ؟

فالحنفية يذهبون إلى تغايرهما [1] ، وعدم التلازم بينهما من الجانبين فيعرفون الاختيار : بأنه القصد إلى التلفظ بالعبارة المنشئة للعقد ، على أنها سبب عادي له ، ووسيلة شرعية إليه ، وإن لم تكن له رغبة في إنشائه وترتب آثاره عليه .

والرضا ، هو الرغبة في آثار العقد عند التلفظ بما يدل على إنشائه .

إذاً يكون القصد من العاقد ، إما أن يتوجه إلى التلفظ بالعبارة الموضوعة لإنشاء العقد فقط ، وإما أن يتوجه إليها وإلى ما يترتب عليها من آثار ، وهذا

---

(١) يدل على ذلك كلامهم في بحث عوارض الأهلية في علم الأصول .

يقول صاحب كشف الأسرار الكبير في شرحه لأصول فخر الإسلام ج ٤ ص ١٣٧٧ عند الكلام على الهزل ، وإنما جمع بين الرضا والاختيار لأن الاختيار قد ينفك عن الرضا . كما في مسائل الإكراه .

وفي فصل الإكراه يقول فخر الاسلام ج ٤ ص ١٠٠٢ : والإكراه أنواع ثلاثة :

نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وهي الملجيء ، ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو وهو الذي لا يلجيء ، ونوع آخر لا يعدم الرضا .

ومثل ذلك أيضاً في كشف الأسرار الصغير شرح المنار ج ٢ ص ٣٠٦ وما بعدها .

ما يفسر به كلام صاحب كشف الأسرار على أصول فخر الاسلام حينما عرف [1] الرضا : بأنه امتلاء الاختيـار ، أي بلوغه غايته بحيث يفضي أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها ، وذلك لأن القصد إلى العبارة وآثارهـا قصد كامل أو اختيار كامل ، وأما القصد إلى العبارة وحدها فهو قصد ناقص .

وحينئذ يكون وجود الرضا مستلزماً لوجود الاختيار ، ولا يلزم من وجود الاختيار وجود الرضا .

وبناء على هذا يكون الهازل في العقد غير راض به لعدم رغبته في الآثار المترتبة عليه، ومثله المكره في أغلب صور الاكراه ، ولكنهما مختاران لقصدهما العبارة والتلفظ بها ، أما اختيار الهازل فظاهر ، وأما المكره فلأنـــه عرف الشرين ، واختار أهونهما وهذا آية القصد والاختيار .

ويكون النائم والمجنون ، والصبي غير المميز والملقن للعبارة من غـــير فهم لمعناها لا اختيار لهم ولا رضا ، حيث لم يوجد منهم قصد ، لا إلى العبارة ولا إلى آثارها .

من أجل ذلك قالوا : إنه يوجد انعقاد وارتباط بين الايجاب والقبول وإن لم يكن العقد سليماً من العيوب ، فالمنعقد السليم من العيوب صحيح ، والمنعقد غير السليم فاسد ، وغير المنعقد باطل .

وغير الحنفية يقولون: إن الرضا والاختيار متلازمان لا يوجد أحدهما بدون الآخر ، فالقصد إلى العبارة وحدها لا يسمى عندهم اختياراً ، بل الاختيار هو القصد إلى العبارة المنشئة للعقد بحيث تكون العبارة دالة على مـا في النفس من

---

(٢) ج ٤ ص ١٥٠٢ ، ويقول النسفي في شرح المنار ج ٢ ص ٣٠٦ : (والرضا عبارة عن امتلاء الاختيار حتى يفضي إلى الظاهر ويرى أثر السرور في وجهه) اهـ .

رغبتها في آثار العقد ، وهو عين الرضا .

وبناء على ذلك لا يكون للهازل والمكره رضا ولا اختيار ، كالصبي والمجنون وأشباههما، وإن كان الشافعية في أحد القولين عندهم يذهبون إلى أن الهازل مختار في التلفظ بالعبارة قاصد إلى إنشاء العقد بها ، وهذا دليل رضاه وقصده الباطل فيعامل بذلك. ولا يلتفت إلى دعواه الهزل، لأن فتح هذا الباب يجعل المعاملات غير مستقرة بين الناس .

من أجل ذلك قسموا العقد إلى قسمين صحيح وغير صحيح، ولا ثالث لهما، فالارتباط بين الإيجاب والقبول لا يوجد إلا إذا كان العقد سليماً من العيوب ، فالمنعقد هو السليم من العيوب وهو الصحيح ، وغير السليم ليس منعقداً ولا صحيحاً ، بل هو باطل أو فاسد على حد سواء .

ولنعد إلى أصل الموضوع فنقول .

إذا لم يصدر من الشخص عبارة أو ما يقوم مقامها من إشارة أو كتابة لا يوجد عقد ، لأن الحكم بوجوده تابع لوجود صورته في الخارج ولم توجد .

وإذا صدرت منه العبارة فلا يخلو . إما أن يكون مع قصد النطق بها ، أو صدرت بدون قصد ، وفي حالة القصد إما أن يكون فاهما لمعناها وما تدل عليه أولا يكون ، فإن كان يفهم معناها ، فإما أن يقصد بها غرضاً آخر غير إنشاء العقد ، أو يقصد بها إنشاء العقد .

وفي الحالة الأولى . إما أن يكون ذلك الغرض متحققاً بدون التظاهر بإنشاء العقد ، أو لا يمكن تحققه إلا مع التظاهر بإنشائه ، وفي الحالة الثانية أما أن يقصد ترتب أثر العقد الشرعي عليه ، أو يقصد أثراً آخر .

فيتلخص من ذلك الصور الآتية .

١ – صدرت العبارة من غير قصد النطق بها كعبارة النائم والمجنون والصبي الذي لا يميز والسكران ، والمغمى عليه .

٢ – صدرت العبارة مع قصد التلفظ بها لكن من غير فهم لما تدل عليه ، كما إذا لقن شخص عبارة بلغة أخرى غير لغته لا يفهم لها معنى .

٣ – صدرت العبارة مع قصد التلفظ بها وفهم معناها ، ولكنه أراد بها غرضاً آخر لا يحتاج هذا الغرض في تحققه إلى التظاهر بإنشاء العقد ، كما إذا ردد شخص عبارة تدل على إنشاء عقد من العقود بقصد حفظها ، أو الإخبار بها عما حصل في الزمن الماضي أو التعليم ، أو التمثيل ، أو غير ذلك من الأغراض .

٤ – صدرت العبارة مع قصد التلفظ بها والفهم لمعناها لكنه قصد بها تحقيق غرض آخر غير إنشاء العقد ، وهذا الغرض لا يتحقق إلا مع التظاهر بإنشاء العقد ، كعبارة الهازل والمكره ، فإن الهازل صدرت منه العبارة باختياره لغرض الهزل ، وهذا الغرض لا يتحقق إلا مع التظاهر بإنشاء العقد ، وكذلك في الاستهزاء . والمكره صدرت منه العبارة لغرض دفع الأذى عن نفسه ، وهذا الغرض لا يكون إلا مع التظاهر بإنشاء العقد .

٥ – صدرت مع قصد التلفظ والفهم لمعناها وقصد بها إنشاء العقد وما رتبه الشارع عليه من الآثار .

٦ – صدرت مع قصد التلفظ والفهم لمعناها . وقصد بها إنشاء العقد ، لكن لتحقيق غرض لم يكن مقصوداً من شرع العقد .

أحكام هذه الصور :

أما الصورة الأولى : فالعبارة لاغية لا يترتب عليها شيء باتفاق الفقهاء ولم يختلفوا إلا في عبارة السكران ، فمن الفقهاء من يرى أنها لاغية لا فرق بينها وبين عبارة المجنون والنائم سواء كان السكر بمحرم . أو بسبب مباح .

وممن ذهب إلى هذا الرأي . الامام أحمد . وبعض فقهاء المالكية ، وبعض الحنفية كالكرخي ومحمد بن مسلمة .

وعلى هذا الرأي تسير المحاكم بمصر في طلاق السكران كما ورد في المرسوم[1] بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية .

وكذلك في لبنان م ١٠٤ من قانون حقوق العائلة .

ووجه هذا الرأي . أن صحة التصرف تناط بالقصد الصحيح . والسكران ليس عنده ذلك . بل هو أسوأ حالا من النائم . لأنه إذا أوقظ يستيقظ بخلاف السكران .

وذهب الجمهور إلى التفرقة بين السكر بمحرم . والسكر بمباح : فقالوا ، إذا كان السكر بمباح لا تعتبر عبارته . لعدم تحقق القصد منه . والعقود لا تنشأ وتترتب عليها آثارها بدون القصد إليها . وأما إذا كان السكر بمحرم فتعتبر عبارته في جميع العقود . وتترتب عليها آثارها . فيصح نكاحه ويقع طلاقه .

وذلك لأنه مخاطب حال سكره في قوله تعالى : « لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى » ولأنه تسبب في زوال عقله بسبب محظور ، وهو مختار فيه فاعتبر عقله باقياً حكماً زجراً له ، ولهذا قالوا : إنه لو أكره على الشرب ، أو كان مضطراً إليه لإساغة اللقمة لا يقع طلاقه [2] .

---

(١) فمادته الأولى تقول : « لا يقع طلاق السكران والمكره » .

(٢) فتح القدير ج ٣ ص ٤٠ وما بعدها .

ولكننا نقول: إن إلزامه بما تدل عليه عبارته على سبيل العقوبة غير مستقيم لأمرين :

أولهما : إنه وضع عقوبة لم يجعلها الشارع ، لأنه فرض له جزاء خاصاً . وهو الجلد .

وثانيها : إنه لا يكون عقوبة وزجراً إلا إذا كان أثر العقد ضاراً له كالطلاق مثلاً ، أو البيع بالغبن ، وأما إذا كان نافعاً له أو ليس فيه ضرر فلا زجر فيه ، فالأولى أن نلغي عبارته ولا نرتب عليها أي أثر .

وهناك حاله تشبه هذه الحالة ، وهي ما إذا نطق الشخص بالعبارة خطأ أو نسياناً ، ولذلك ألحقها الشافعية بها في حكمها ، وقالوا : إن عبارته لا يترتب عليها أي أثر لانعدام القصد ، فالشخص الذي قصد إلى النطق بعبارة « بعت كذا » فسبق لسانه من غير قصد إلى لفظ « أنت طالق » لم يقصد طلاقاً ، وإنما قصد البيع ، فيجب ألا يؤاخذ بما لم يقصده [1] ، ويوافق الشافعية في هذا المالكية والحنابلة ، مستدلين بحديث « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

وخالفهم الحنفية [2] في هذا وقالوا: إن عبارة المخطىء والناسي يترتب عليها

(١) وكذلك الشخص الذي يتكلم بعبارة تدل على انشاء التزام غافلا عن معناها ظاناً أنها تدل على معنى آخر يريده عند التكلم ، فالفرق بينه وبين المخطىء أن المخطىء أخطأ في النطق فتلفظ بلفظ بينما قصد النطق بغيره ، والغافل أو الناسي ، لم يخطيء في التلفظ ، وإنما أخطأ في معنى اللفظ ، فهو يظن أنه يدل على معنى ونطق به قاصداً هذا المعنى ، ولكن تبين أنه غافل عن معناه لانه يدل على معنى آخر .

(٢) راجع البحر الرائق ص ٣٦٣ ج ٣ في باب الطلاق .

آثارها . لأن العبرة في وجود العقد بمظهره الخارجي وقـد تحقق من شخص عنده أهلية لإنشائه ، والإرادة أمر خفي لا اطلاع لنا عليه . فلو قبلنا دعوى الخطأ والنسيان في هذه التصرفات لتزلزلت المعاملات ولمـا استقرت . حيث يسهل على كل من يريد نقضها أن يدعى أنه أخطأ . أو كان غافلاً عن معناها .

ونستطيع أن نأخذ رأياً وسطاً بين الرأيين يوافق الحديث السابق ويحفظ على المعاملات استقرارها . وهو أن نلغي عبارته في حاله ما إذا كان المقام يؤيد الخطأ أو الغفلة . كما إذا كان الرجل يساوم زوجته على بيـع شيء من ماله لها . فقال لها : أنت طالق بدلاً من أن يقول بعت .

أو كان الشخص مبتدئاً في تعلم اللغة فنطق بلفظ يظن أنه دال عـلى إنشاء التزام وهو يدل على غيره . فاذا قال الأول أخطأت ، وقال الثاني غفلت عن معناه الحقيقي ولم أقصد صدق في ذلك وأما إذا كانت القرائن دالة عـلى قصد العقد . أو لم يوجد دليل على دعوى الخطأ فإن عبارته تعتبر ويترتب عليهـا آثارها . لأن تصديقه في هذه الحالة يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات .

وأما الصورة الثانية : فلا يترتب على عبارته شيء في كل العقود . لأن عدم الفهم ينفي القصد وهو أساس الرضا .

وخالف بعض فقهاء الحنفية [1] فقالوا : إنه ملزم بأثر عبارته في التصرفات التي يتساوى فيها الهزل والجد . وهي النكاح والطلاق والرجعـة والإعتاق واليمين . معللين ذلك : بأن الفهم لمضمون اللفظ شرط لأجل القصد ، وهـذه

---

(١) راجع فتح القدير جـ ٢ باب النكاح ، ورد المحتار في باب النكاح أيضـاً ص ٤٨٥ جـ ٢ .

التصرفات لا يشترط فيها القصد، فلا يشترط فيمن نطق بما يدل عليها أن يكون فاهماً لمعناها .

ولا يخفى أن هذا القول فيه مغالاة،لأن عدم اشتراط القصد في هذه التصرفات إنما يأتي بعد فهم المعنى ، ولا يعقل أن يرتب الشارع أحكاماً على عبارات مهملة غير مفهومة المعنى .

وأما الصورة الثالثة : فهذه لا يترتب على العبارة فيها أي أثر من آثار العقد باتفاق الفقهاء لا فرق بين عقد وعقد ، فمن يقرأ في كتاب فيه عبارات تدل على إنشاء العقود . فأخذ يردد هذه العبارات بقصد حفظها فإنه لا يكون ملزماً بها حتى ولو كان معه شخص آخر وأجابه عند سماع كلامه بما يفيد القبول وكذلك من ينطق بهذه العبارات بقصد تعليمها لغيره .

ومن هذا النوع عبارات الممثلين ، فإذا قال الرجل في هذه الحالة لامرأة : زوجيني نفسك فقالت : زوجتك نفسي ، فهما يقصدان التلفظ بالعبارة مع فهم معناها ، ولكنهما لم يقصدا إنشاء العقد ، بل قصدا غرضاً آخر وهو التمثيل وحكاية أقوال أشخاص القصة التي يحاكونها [١]

أما الصورة الرابعة : وهي التي قصد فيها المتكلم إلى غرض آخر ، وهذا الغرض لا يتحقق إلا إذا تظاهر بإنشاء العقد .. كأن يقصد بالعبارة الهزل أو الاستهزاء أو يقصد دفع الأذى عن نفسه كما في حالة الإكراه .

ففي حالة الهزل والاستهزاء تجد الشخص نطق بالعبارة الموضوعة لإنشاء

---

(١) روى أن امرأة قالت لزوجها سمني وناديني بما تسمى ، فسماها ظبية وناداها بذلك فقالت له ما قلت شيئاً ، فقال لها هات ما أسميك به ، فقالت سمني خلية طالق فقال لها : وأنت خلية طالق ، فأتت عمر بن خطاب فقالت : إن زوجي قد طلقني ، فأرسل إليه فجاء فقص عليه القصة فأوجع عمر رأسها ،وقال لزوجها خذها بيدها وأوجع رأسها .

العقد مع فهمه لمعناها ، ولكنه لم يرض بترتب آثارها عليها ، بل تظاهر بإنشاء العقد ليحقق غرضه الذي قصده من الهزل والاستهزاء .

لذلك ذهب بعض المالكية إلى أنها لا يترتب عليها أي أثر في كل العقود لا فرق بين عقد وعقد ، لأن القرائن دالة على عدم إرادة إنشاء العقد . والإرادة أساس العقود فإذا انتفت انتفى العقد .

وعلى عكس هذا القول نجد الشافعية يذهبون إلى عكسه في القول الراجح[1] عندهم ، فيقررون أن عبارات الهازل وأمثاله صالحة لإنشاء العقود ، وترتب الآثار عليها ، ولا يلتفت إلى دعوى الهزل وغيره ، ولأن سبب الهزل إن كان سابقاً على العقد بأن اتفق العاقدان على ذلك يكون بمنزلة الشرط السابق على العقد ، وهذا الشرط لا يؤثر في العقد عندهم .

والجمهور من الحنفية والحنابلة واكثر المالكية يذهبون إلى التفصيل بين التصرفات الخمسة التي سوى الشارع فيها بين الجد والهزل، وهي النكاح والطلاق والرجعة والإعتاق واليمين وبين غيرها من العقود والتصرفات ، فصححوا عبارة الهازل في النوع الأول ورتبوا عليها الآثار استناداً إلى حديث « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق » ، وفي بعض الروايات الرجعة ، وفي بعضها اليمين ، ولأن هذه التصرفات حق الله وهو ليس موضعاً للهزل والاستهزاء .

وأما النوع الثاني وهو عقود المبادلات المالية ، والعقود التي موضوعها المال كالهبة والعارية ، والوديعة ، فإنهم لم يرتبوا عليها الآثار لعدم تحقق الرضا الذي تقوم عليه الإرادة .

---

(١) راجع المجموع شرح المهذب باب البيع .

ومع هذا الاتفاق على أن العبارة غير صالحة لترتب الآثار عليها نجدهم مختلفين فيها من ناحية أخرى ، فغير الحنفية يعتبرونها عبارة فاسدة غير صالحة لإنشاء العقود ، والعقد لم ينعقد بها ، وعلى هذا لو رضي بالعقد وآثاره بعد ذلك لا ينعقد العقد صحيحاً لأن الباطل لا يلحقه تصحيح .

والحنفية يقولون : إن العبارة في حد ذاتها صحيحة صالحة لإنشاء العقد ، ولولا فوات الرضا لترتبت الآثار عليها ، فالعقد انعقد بها ولكنه فسد لفوات الرضا الذي هو عماد صحة العقود ، وعلى هذا لو رضي بعد ذلك بهذا العقد في المدة المقررة ، وهي ثلاثة أيام كما يقول أبو حنيفة صح العقد ، لأن فساده كان من جهة الخلل في الرضا ، فيرتفع هذا الفساد بوجود الرضا .

ومن صور الهزل أن يتفق شخصان على أن يتظاهر أحدهما ببيع ماله للآخر دفعاً لأذى ظالم هدده في ماله ، ثم يعقد بناء على هذا الاتفاق ، وهو المسمى في عرف الفقهاء بيع التلجئة ، فعند الشافعي هذا العقد صحيح تترتب عليه آثاره ولا عبرة بالاتفاق السابق .

والجمهور [1] يذهبون إلى عدم صحته ،لأنه ليس بيعاً حقيقة ،وإنما هو بيع صوري حيث جاء مجرداً عن الإرادة التي هي أساس العقود .

ومنها المواضعة على الزيادة في الثمن عند العقد مع الاتفاق على ثمن أقل منه

---

(١) يلاحظ أن الحنابلة يحكمون ببطلان هذا البيع وإن لم يصرحا في التعاقد بأنه تلجئة كما في كشاف القناع ص ٥ جـ ٢ فهم يكتفون بدلالة الحال ، ولكن الحنفية يشترطون تقدم الاتفاق ، فان لم يتقدم الاتفاق على التظاهر كان بيعاً صحيحاً ، ثم إن الامام وصاحبيه متفقون على عدم صحته فيما إذا تقدم الاتفاق على التظاهر ، واتفق العاقدان على أنهما عقداه بناء على الاتفاق السابق كما اتفقوا على أنهما لو أعرضا عن الهزل حين العقد صح العقد ، وإن اختلفا أو لم تحضرهما نية فالامام يرى صحته . والصاحبان يقولان بعدم صحته ، راجع شرح المنار في بحث الهزل جـ ٢ .

لأجل منع الشفيع من أن يأخذ بالشفعة ، فالشافعي يعتبر الثمن الذي ذكر في العقد ، والجمهور يرون أن الثمن المتفق عليه سراً هو المعتبر .

ومنها التظاهر بالزيادة في المهر بعد الاتفاق سراً على مقدار المهر كما يفعل كثير من الناس طلباً لحسن السمعة بين الناس،فإن كان المتفق عليه مائة ، ومهر العلانية مائتين وجب للزوجة المذكور عند العقد وهو المائتان عند الشافعي ، والجمهور [1] يوجبون مهر السر وهو المائة .

وفي حالة الإكراه ، فإن الشخص قصد التلفظ بالعبارة مع فهمه لمناهـــا ولكنه لم يرض بما يترتب عليها من الآثار ، لأن الإكراه سواء كان ملجئاً أو غير ملجيء معدم للرضا والملجيء مفسد للاختيار عند الحنفية ، وغير الملجيء لا يفسد،لأن المكره يستطيع أن يتحمل الأذى المهدد به في غير الملجيء بخلاف الملجيء فإنه لا يستطيع تحمل ما هدد به [2] .

وإذا كان الإكراه معدماً للرضا فتكون عبارة المكره غـير صحيحة ، فلا يترتب عليها أي أثر في جميع العقود . سواء منها العقود التي فيها حق الله ، أو غيرها عند جمهور الفقهاء المالكية والشافعية [3] والحنابلة ، ودليلهم على ذلك

---

(١) في إعلام الموقعين جـ ٢ ص ٨٧ وما بعدها . أن في مذهب الحنابلة اختلافا في الروايات، هل يؤخذ بمهر العلانية أو يؤخذ بمهر السر .فليراجع .

(٢) الاكراه الملجيء هو التهديد بقتل النفس أو باتلاف عضو، أو باتلاف جميع المال أو بالضرب المبرح الذي لا يتحمله المكره ويخشى منه التلف أو بالحبس الدائم أو بعمل مهين لشخص له جاه ومنزلة، وغير الملجيء هو التهديد بما يوجب هماً وغماً بغير ما سبق،وللفقهاء كلام كثير وتفصيلات في حد الاكراه وممن يتحقق وشروطه ،وأنواعه،والمؤثر منها وغير المؤثر يرجع إليه في كتب الأصول في بحث الاكراه في عوارض الأهلية وكتب الفقه في مواضع متفرقة .

(٣) راجع مواهب الجليل على شرح مختصر خليل جـ ٤ ص ٤٤ ومـا بعدهـا ، وكشاف القناع للحنابلة ص ٢٤١ جـ ٣) ونهاية المحتاج للشافعية .

الحديث السابق : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، ولأن المكره غير مختار في النطق بالعبارة ، بل مضطر إلى ذلك تحت سلطان التهديد ، فتكون لغواً ، وبهذا الرأي أخذ قانون الأحوال الشخصية في طلاق المكره في مصر ولبنان .

ولكن الحنفية يذهبون في الإكراه مذهبهم في الهزل ، فقالوا : إنه مختار في التلفظ لأنه اختار أهون الشرين ، فيكون العقد منعقداً بهذه العبارة إلا أنه غير صحيح لعدم الرضا ، فيكون فاسداً [1] ، ويترتب على ذلك أنه إذا أجازه ورضي به في المدة المقررة ، وهي ثلاثة أيام صح العقد وترتب عليه الأثر ، هذا في العقود المالية ، وما ألحق بها من العقود التي موضوعها المال .

وأما العقود الخمسة التي فيها حق لله فهي صحيحة من أول الأمر ، لأن الشارع جعل العبارة فيها عند القصد إليها قائمة مقام الإرادة بدليل أن الشارع اعتبرها صحيحة من الهازل مع أنه قصد العبارة فقط . ولم يقصد ترتب الأثر [2] .

وأما الصورة الخامسة: وهي ما إذا قصد التلفظ بها مع فهم معناها وجعلها سبباً شرعياً لترتب الآثار التي رتبها الشارع فهي صحيحة بالاتفاق ، ويترتب عليها الأثر متى كانت مستوفية لشروطها . سواء كانت العبارة موضوعة للدلالة

---

(١) يرى زفر من الحنفية أن العقد في الإكراه غير فاسد ولكنه صحيح موقوف على إجازته بعد زوال الإكراه فان أجازه نفذ وإلا بطل يراجع البدائع ص ١٧٧ جـ ٧ .

(٢) ويلاحظ أن مذهب الحنفية وإن استقام في غير العقود الخمسة باثباته الخيار له بعد زوال الإكراه ، وهو كاف في رفع الضرر عنه الذي يلحقه من الإكراه لكنه لا يستقيم فيها إذ كيف يقع طلاق المرأة تحت التهديد بالقتل ، أو تصبح زوجة بعبارة صدرت كذلك ؟
وقولهم: إنه مختار لا يفيدهم لأن اختياره في الاكراه غير الملجىء وإن كان سليماً إلا أنه في=

على إنشاء هذا العقد ، أو الالتزام ، أو لم تكن موضوعة لذلك إذا وجدت معها قرينة تدل على أنه أراد بها إنشاء هذا العقد ، كمن يستعمل لفظ الهبة بالثمن في إنشاء عقد البيع ، أو لفظ البيع مجاناً في إنشاء الهبة ، أو لفظ البيع للمنفعة في الإجارة ، أو لفظ الوصية في الوكالة مثلا .

هذا باتفاق الفقهاء ولم يختلفوا إلا في عقد الزواج ، فإن الحنفية جعلوه كبقية العقود الأخرى ينعقد بكل لفظ دال على تمليك العين في الحال متى وجدت قرينة تدل على أنه أراد به الزواج ، وخالفهم غيرهم فلم يصححوه إلا بألفاظ خاصة ، وقد سبق تفصيل ذلك عند الكلام على صيغة العقد .

وأما الصورة السادسة : وهي ما إذا اتجهت إرادة العاقد إلى جعله وسيلة لتحقيق غرض آخر لم يقصده الشارع من تشريعه فإن كان ذلك الغرض مباحاً صح العقد بالاتفاق كمن يتزوج امرأة لتخدمه وهو مريض ، ولا شيء غير الخدمة ، فإن الخدمة فقط لم يشرع لها الزواج ، وإنما شرع لمقاصد أخرى .

وكمن يتزوج المرأة ليستعين بمالها أو بجاهها في غير محرم ، فإن هذا المقصود مباح ولكن الزواج لم يوضع له شرعاً ، وإنما صح العقد في ذلك لأنه لا يتنافى مع مقاصد الزواج .

وأما إذا كان الغرض محظوراً كبيع السلاح لأهل الفتنة لمن يقتل به ، أو لمن يبيعه للأعداء ، ومثل بيع العصير ممن يتخذه خمراً ، والإجارة على حمل الخمر لمن يشربها : وإجارة الدار لمن يتخذها نادياً للقمار ، وبيع الخشب لمن يتخذ منه

=الملجيء غير سليم كما قرروه.

وقياسهم المكره على الهازل في إلزامه بهذه العقود الخمسة غير صحيح لوجود الفارق ، فالهازل أتى بما يستحق عليه العقوبة ، والمكره لم يأت بشيء من ذلك .

آلات الملاهي وما شاكل ذلك

فأبو حنيفة والشافعي يريان صحة هذا العقد ، لأن العبارة سليمة ، ولا عبرة لما خفي من النية غير الطيبة ، بل أمرها متروك إلى الله يحاسب صاحبها عليها ويوفيه جزاءه في الآخرة .

ولعل المشتري لا يستعمل ذلك الشيء في المحرم ؛ فمن اشترى السلاح ربما لا يقتل به ، ومن اشترى العصير أو العنب ربما لا يتخذه خمراً ، ومن استأجر الدار ربما لا يتخذها للقمار الخ .

والمالكية يميلون إلى عدم الصحة مطلقاً بناء على مبدأ سد الذرائع المقرر عندهم . فالشاطبي في موافقاته [1] بعد أن بين أن هذا النوع موضع خلاف في هل تقوم مظنة الشيء مقام نفس القصد إلى ذلك الشيء أو لا ؟ اختار المنع لأنه من باب سد الذرائع ، ثم قال : وبه أخذ مالك رضي الله عنه .

ويقول الحطاب [2] : « بيع العنب لمن يعصره خمراً وبيع ثياب الحرير لمن يلبسها غير جائز » .

وذهب أبو يوسف من الحنفية ، والإمام أحمد إلى أن هذا العقد إذا ظهر معه هذا القصد السيء بقرينة من القرائن كان غير صحيح ، لأن العقد في هذه الحالة إعانة على معصية الله ، والعقود لم تشرع لذلك وإنما جعلت وسيلة إلى قضاء الحاجات المشروعة .

وأما إذا لم يتبين بالدليل هذا الغرض كما إذا كان المشتري مستور الحال ، أو كان هذا الغرض مشكوكاً فيه . مثل ما إذا كان المشتري للعنب أو للعصير

---

(١) ج ٢ ص ٣٥٩ (٢) ج ٤ ص ٢٦٧

يصنع الخمر والخل ، والمشتري للخشب يصنع أدوات الملاهي وغيرها مما يباح الانتفاع به شرعاً ، ففي هذه الحالة لا يبطل العقد ويترتب عليه أثره .

وهذا تفصيل حسن يتفق مع حديث « إنما الأعمال بالنيات » ، والقاعدة الشرعية المصرحة بأن « الأمور بمقاصدها » .

يقول الأمام الشاطبي في موافقاته [١] : كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعمله في المناقصة باطل فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل ، ثم دلل على ذلك بما لا يدع مجالاً للشك » .

ومما يدخل في هذا النوع بيع العينة ، وهو بيع يقصد منه التعامل بالربا ، وله صور اختلف العلماء في حكمها .

منها أن يرغب شخص في الاقتراض من آخر و هو لا يقبل أن يقرضه بدون فائدة ، فيوسطا في ذلك بيعاً ، بأن يبيعه المقرض عيناً تساوي مائة مثلاً بمائة وعشرة مؤجلة إلى أجل معين ، فيبيعها المشتري إليه مرة أخرى بمائة حالة ويأخذها ، وقد يوسط شخصاً ثالثاً ، فيبيعها له بمائة حالة ويقبضها . ثم يبيعها ذلك المشتري لبائعها الأول بمائة ، وبذلك تتم الحيلة وتنتهي إلى أن المقترض أخذ مائة حالة بمائة وعشرة مؤجلة وهو عين الربا ، وقيل في تصويرها غير ذلك [٢] .

فهذا البيع قصد به تحقيق غرض آخر غير ما شرع له البيع ، وهذا الغرض محرم وهو التعامل بالربا ، وهو موضع خلاف بين الفقهاء .

---

(١) ج ٢ ص ٢٣٣ .
(٢) راجع رد المحتار جـ ٤ ص ٢٣٢ وما بعدها .

فالإمام الشافعي [1] يرى أنه بيع صحيح، لأن العبارة سليمة في حد ذاتها ، والنية أمر خفي لا اطلاع لنا عليها ، ولا فرق عند الشافعي بين ما إذا وسطا ثالثاً بينهما أو لم يوسطا أحداً .

والأئمة الثلاثة أبو حنيفة ومالك[2] وابن حنبل يذهبون إلى أنه إذا لم يتوسط بينهما ثالث يكون البيع غير صحيح لوضوح الغرض منه حينئذ وهو التعامل بالربا ، والحديث ورد في هذا .

وأبو يوسف من الحنفية يرى أنه بيع صحيح ، ولكن قيل : إن الذي جوزه أبو يوسف هو الذي لا ترجع فيه العين إلى صاحبها ، كما إذا اقترض شخص من آخر خمسة عشر : ثم اشترى بها عيناً من المقرض تساوي عشرة. وبعد ذلك باعها في السوق لغيره . ولم ترجع إلى الأول [3] .

وأما محمد بن الحسن فمذهبه أن هذا البيع مكروه كراهة تحريم ، ولذلك أثر عنه أنه كان يقول : هذا البيع على قلبي مثل الجبال اخترعه أكلة الربا .

---

(١) ينبغي أن يقيد ذلك بما إذا لم يظهر منهما قصد التعامل بالربا كما نبه على ذلك ابن القيم في بحث الحيل السابق في هذا الكتاب .

ومن هذا النوع بيع اشتهر بين الناس ببيع السبحة .

وهو أن يتفق الدائن مع المدين على أن يعطيه مائة إلى سنة بمائة وعشرة مثلاً ، فيعطيه المائة نقداً ، ويبيعه سبحة بعشرة في الذمة ، فيشتريها المقترض ثم يهديها إليه ، فيحصل له في النهاية مائة وعشرة في نظير المائة التي أقرضها له وهو ربا لا شك فيه .

(٢) يشترط المالكية لمنع هذا البيع أن يكثر قصده للمتعاقدين حتى ولو لم يقصد العاقد بالفعل راجع الموافقات جـ ٤ ص ٢٠٠ بهامشها .

(٣) راجع فتح القدير والبحر الرائق ، ورد المحتار .

ومن هذا النوع أيضاً زواج المحلل . وهو أن يتزوج الرجل المرأة المطلقة ثلاثاً لا ليعيش معها ويكونا أسرة كما هو الشأن في الزواج ، بل ليحلها لزوجها الأول ، فهذا العقد لم يقصد به ما شرع لأجله ، بل قصد به غرض آخر غير مشروع ، وهذا أيضاً موضع خلاف بين الفقهاء ، فذهب فريق إلى صحته صارفاً النظر عن هذه النية ما دام لم يشترط التحليل في العقد ، فإذا طلقها بعد ذلك وانقضت عدتها من هذا الطلاق حلت للأول

أما إذا شرط التحليل في العقد كان فاسداً على رأي ، ومكروهاً على رأي آخر ، وذهب آخرون إلى أنه عقد فاسد لا يبيح لمن فعله العشرة مع هذه الزوجة ولا يحلها للزوج الأول إذا طلقها سواء شرط التحليل في العقد أولاً . ولكل وجهة ، فليرجع إلى ذلك في موضعه من كتب الفقه .

هذا عرض سريع لآراء الفقهاء في صور اختلاف عبارة العاقد ونيته ، أو اختلاف الإرادتين الظاهرة والباطنة « والكلام فيها – كما ترى – يدور حول الجزئيات وإن كانت توجيهاتهم لأحكام تلك الجزئيات تصلح لأن تكون قاعدة عامة قابلة للتطبيق على ما ينطوي تحتها من جزئيات .

كقول بعضهم : إن العبارة صدرت من غير قصد فلا تعتبر ، لأن القصد أساس الإرادة .

وقول الآخرين : إن العبارة صدرت سليمة من كل عيب وهي المظهر الخارجي للعقد ، فيوجد العقد بوجودها ، ولا عبرة بما وراءها .

فالعبارة الأولى تدل على اعتبار الإرادة الباطنة والثانية تدل على اعتبار الإرادة الظاهرة .

وقد كان من السهل أن نأخذ قاعدة كل مذهب من أحكام جزئياته بعد

تتبعها في مواضعها لولا ما وجدناه من اختلاف الأحكام والتعليلات فبينما نجده في بعض المواضع مع العبارة إذ تراه في أخرى مع النية والقصد .

فما سر هذا الاختلاف إذاً ، وما هو موقف تلك المذاهب من هذه المسألة ؟

وللجواب عن هذا التساؤل – ولكي يكون جوابنا أقرب إلى الصواب – يجب أن نضع أمام أعيننا الحقائق الآتية :

أولا : أن الشارع جعل أساس العقود المالية التراضي ، ففي القرآن « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » وفي الحديث « لا يحل مال امرىء إلا بطيب من نفسه » .

ثانياً : أن الشارع وضع أمارات تدل على ذلك التراضي ، وهي صيغ العقود من الألفاظ وغيرها واعتبرها مظهرة ودالة على ما في النفس .

ثالثاً :أنه جعل لبعض التصرفات وضعاً خاصاً فاعتبر صورتها الخارجية حتى ولو تبين أن الباطن يخالفها ، هذه التصرفات هي الزواج والطلاق ، والرجعة والإعتاق ، واليمين . يدل لذلك حديث « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد » الحديث وبهذا يكون قد نحا بها منحى الإرادة الظاهرة ، من أجل ذلك اتفق الفقهاء – إلا من شذ – على أن العبرة فيها بما يصدر من الشخص متى كان أهلاً للعبارة السليمة .

رابعاً : إن حديث « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه قد جعل لعقود المخطىء والناسي والمكره وضعاً يخالف غيرها من العقود ، أو على الأقل جعلها موضع اجتهاد ، واختلاف نظر ، فالحديث يخبر عن رفع أحكام الخطأ الخ : لأن ذواتها لا ترفع بعد وقوعها .

وهذا يفيد أنه لا يترتب على عبارات هؤلاء حكم من الأحكام ، سواء

كانت دنيوية ، أو أخروية ، كما فهمه جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية والحنابلة وخالف الحنفية فقالوا ، إن المراد رفع الأحكام الأخروية ، وهي المؤاخذة والعقاب ، وأما الأحكام الدنيوية فلم يعرض لها الحديث ، فبقيت مترتبة على عبارات هؤلاء .

خامساً : إن الاستثناء من القواعد العامة أمر مقرر ومشروع فإذا كان حكم بعض الجزئيات المندرجة تحت القاعدة الكلية التي يخالف حكمها الكلي لدليل دل على ذلك لا يكون مطعناً في نفس القاعدة .

وبناء على هذه الأسس نستطيع أن نقول : إن الشافعية يسيرون مع الإرادة الظاهرة ، ولا يلتفتون إلى ما وراءها ، ولا ينقض قاعدتهم هذه ما قرروه في المخطىء والناسي والمكره من عدم اعتبارهم لعبارتهم ، لأن الحديث لم يلزم واحداً منهم بآثار ما صدر منه . بل رفعها عنهم . لذلك كان قرارهم عاماً بالنسبة لجميع العقود حتى الأمور الخمسة التي يستوي فيها الجد والهزل: فيكون الاستثناء الوارد على القاعدة بالحديث ، ولولاه لكان الحكم عاماً شاملا ، ويمكن أن نوجه استثناءهم هذا بتوجيه آخر حاصله .

إنه ليس معنى اعتبار الإرادة الظاهرة أن تعتبر حتى ولو صدرت من الشخص من غير قصد ، وإلا لا عتبرنا عبارة النائم والصبي غير المميز ، بل المراد أنها تعتبر إذا كانت صحيحة ، ولا صحة لها بدون قصد التلفظ بها على الأقل . والمخطىء لم يوجد منه قصد صحيح ، بل لم يوجد منه قصد إلى العبارة أصلا بخلاف الهازل ، فإنه قصد العبارة والنطق بها ، وإن كان أراد بها شيئاً آخر .

وإذا كان كذلك فلا يصح أن يقال : إنهم تناقضوا في مسلكهم -كما قيل- ثم إن هذا المذهب يظهر واضحاً في العبارات التي يريد بها أصحابها أغراضاً أخرى كما سبق تفصيله في الحالة السادسة .

هذا هو مذهب الشافعية ، ويقابله مذهب الحنابلة . فإنهم على العكس منه . يفتشون على النيات ، ويجعلون لها الاعتبار الأول ، أما العبارات وحدها فلا وزن لها عندهم إلا في الزواج ، والاساس عندهم أنه متى دلت القرينة ـ لفظية أو حالية ـ على أن مراد العاقدين غير ما دلت عليه الألفاظ اعتبر ذلك . وأهدرت دلالة الألفاظ .

ووجهتهم في ذلك : أن الألفاظ ما هي إلا ترجمة لما في النفس من الأغراض والنيات ولا اعتبار لها إلا من هذه الناحية ، فلا بد إذاً من أن تكون موافقة لها ، فإذا ظهرت مخالفتها بقرينة من القرائن لم تكن معبرة عما جعلت دليلاً عليه فلا تعتبر .

والفرق بين المذهبين : أن الأول ينظر إلى العبارة السليمة ويعمل بمقتضاها ولا يلتفت إلى ما وراءها مما يحف بها من قرائن تدل على خلاف ما دلت عليه ، وفي هذا يقول الإمام الشافعي في كتابه الأم [1] : « أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين . وأجزته بصحة الظاهر ، وأكره لهم النية إذا كانت لو أظهرت كانت تفسد البيع ، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به ، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل ظلماً لأنه قد لا يقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع » الخ عبارته [2] .

---

(١) ص ٦٥ جـ ٣ .

(٢) فهذه العبارة تفيد أنه يعتبر العبارة ويرتب عليها صحة العقود وإن كان يكره النية الخبيثة لكن في بعض كتب الشافعية المتأخرين ما يفيد أنهم يعتبرون الصيغ في الغالب ، وقد يعتبرون المعنى دون الصيغة . ففي نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٣٨ وما بعدها في باب الوكالة« الوكالةولو بجعل ـ بناء على أن العبرة بصيغ العقود هنا ـ جائزة.أي غير لازمة من الجانبين،وقال الشبراملسي في حاشيته : معنى ذلك أن الوكالة بأجر إجارة في المعنى ، والإجارة لازمة من الجانبين ، فلو نظر للمعنى كانت لازمة وإن نظر للفظ ، وهو وكالة كانت وكالة غير لازمه، والراجح تغليب اللفظ فهي جائزة ، وقوله هنا إشارة إلى أنهم قد يغلبون المعنى كالهبة بثواب فإنها بيع مع لفظ الهبة نظراً للمعنى اهـ .

وأما المذهب الثاني « مذهب الحنابلة » فلا ينظر إلى العبارة إلا إذا لم يوجد ما يخالفها ، فإن وجد ما يخالفها سواء كان سابقاً على العقد ، أو مقارناً له اعتبر ذلك وألغيت العبارة .

وبين هذين المذهبين مذهب الحنفية والمالكية ،ولكن مذهب المالكية أقرب إلى مذهب الحنابلة في اعتبار الإرادة الباطنة ، وهذا هو المتفق مع اعتبارهم لسد الذرائع .

وأما مذهب الحنفية فهو أقرب إلى الإرادة الظاهرة منه إلى الباطنة ، ولولا اختلافات بين أئمته في بعض المسائل الجزئية ، يرى بعضهم فيها أن العبرة بالظاهر والبعض الآخر يرى العكس ، كما سبق في بعض مسائل الحالة السادسة ، من بيع العصير ممن يتخذه خمراً ، أو السلاح لمن يقتل به ، وأشباهها ، فإن أباحنيفة يعتبر الظاهر فيها دون النية ، وأبو يوسف يرى عكس ذلك ،لولا ذلك الاختلاف لقلنا : إن مذهب الحنفية يسير مع الإرادة الظاهرة ، لأن أكثر تفريعاتهم تسير في هذا الطريق .

ألا ترى أنهم في التصرفات الخمسة تمسكوا بالعبارة واعتبروها حتى من المكره مخالفين في ذلك الأئمة الآخرين ، وفي بيع العينة حكموا بالصحة على تفصيل واختلاف يسير أشرنا إليه في موضعه ، وفي زواج المحلل كذلك ، وفي المواضعة في الثمن في البيع ، والمهر في النكاح ، وبيع التلجئة . وفي المخطىء والناسي اعتبروا عبارتها ورتبوا الآثار عليها عكس ما قاله الشافعي وهو من أصحاب الإرادة الظاهرة .

التشريع الوضعي : هذا هو موقف رجال الفقه الاسلامي من الارادتين الظاهرة والباطنة ، وأما التشريع الوضعي ففيه مذهبان متقابلان ، كما يقول

الأستاذ السنهوري في وسيطه (١)

مذهب الارادة الباطنة ـ وهو المذهب اللاتيني ـ يقف عند الارادة النفسية ، أما التعبير المادي عن هذه الارادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس .

ومذهب الارادة الظاهرة ـ وهو المذهب الجرماني ـ يقف عند التعبير عن الارادة ويعتبره هو الارادة ذاتها . إذ التعبير هو المظهر الاجتماعي للإرادة ، والقانون إنما يعنيه الظواهر الاجتماعية دون الظواهر النفسية . هذا إلى أن التعبير عن الارادة هو الشيء المادي الذي يقف عنده المتعاملون ويطمئنون إليه في تعاملهم . على أن التقنينات اللاتينية لم تسلم من أثر لمذهب الارادة الظاهرة ، كما لم تسلم التقنينات الجرمانية من أثر لمذهب الارادة الباطنة .

ثم أبان موقف التقنين المصري الجديد ، وأنه بقي في حظيرة التقنينات اللاتينية ، فالأصل عنده هو الأخذ بالارادة الباطنة ، ولكنه مع ذلك يأخذ

---

(١) ص ٨٣ وما بعدها .

والدكتور عبد الحي حجازي في كتابه « النظرية العامة للالتزام » ج ٢ ص ٤١ وما بعدها يقول في بحث الرضا : عند عدم اتفاق التعبير مع الارادة الباطنة ، وهنا أربعة مذاهب :

(١) مذهب الارادة ، وهو في الفقه الفرنسي. وخلاصته أن المعتبر هو الارادة الحقيقة ، والتعبير أو الارادة الظاهرة لا اعتبار لها إلا إذا كانت متفقة مع الباطنة فان خالفتها ألغيت ،

(٢) مذهب التعبير وحاصل هذا أن الرضا يتكون بتقابل التعبيرين ولو كان أحدهما لا يتفق مع الارادة الحقيقية لصاحب التعبير ولو كان من تلقي التعبيرين قد فهمه بصورة لا تطابق الارادة الحقيقية لمن اصدره

(٣) مذهب الثقة وخلاصته أنه يعتبر التعبير بشرط أن يعتقد من تلقاه أنه مطابق للارادة الباطنة . فان كان يعلم عدم مطابقته كان العقد باطلا لعدم الثقة المتولدة من هذا التعبير

(٤) مذهب المسئولية وهو يعتبر الارادة الحقيقية ، والعقد يعتبر باطلا إذا خالف التعبير الارادة إلا إذا كانت المخالفة نتيجة لخطأ صاحب التعبير وكان المتعاقد الآخر يجهل ذلك فانه يكون معذوراً في اعتقاده المطابقة وعلى ذلك يعتبر العقد صحيحاً .

بالارادة الظاهرة إلى الحد الذي يقتضيه استقرار التعامل يؤخذ ذلك من المواد ٩١ ، ٩٢ ، ١٢٠ ، ١٢٦ ، ١٢٨ . وهي في تكوين العقد . وكذلك من المادة ١٢٩ وهي في تكوين العقد ، وكذلك من المادة ١٥٠ وهي في تفسيره العقد .

وبعد أن شرح ذلك شرحاً مسهباً قال : والذي يخلص لنا من متابعة التقنين الجديد أن الأصل في الارادة هو الارادة الباطنة ، ولكن هذه الارادة في بعض الأحوال تبعاً لمقتضيات الاستقرار في التعامل تتجسم في المظهر الذي اتخذ للتعبير عنها فتصبح هي الارادة الظاهرة ، وتقوم عندئذ على أساس من الثقة المشروعة التي يولدها هذا المظهر في نفوس المتعاملين .

وفي موضع آخر [1] ، عند الكلام على التراضي ، يوضح هذا مرة أخرى فيقول عندما أورد المادة ـ ٨٩ ـ ناقداً ما جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي من أن المشروع آثر مذهب الإرادة الظاهرة بصورة واضحة في هذا النص – يقصد نص المادة ٨٩ .

وهذا القول الذي ورد في المذكرة الايضاحية يوهم أن القانون الجديد قد انحاز إلى نظرية الارادة الظاهرة انحيازاً تاماً ، والواقع غير ذلك ، فقد رأينا أن

(١) ١٧١ وهامشها . ومع هذا فإن الدكتور عبد الحي حجازي في كتابه السابق ص ٤٤ وما بعدها يابى إلا أن يخالف الدكتور السنهوري ، فيتكلم عن المواد التي تفيد ذلك ويفردها مادة مادة مبيناً رأي السنهوري فيها ، ثم يتعقبه ببيان رأيه المخالف ، وأن المادة لا تفيد ما استنبطه السنهوري منها . ثم يقول : من هذا نرى أنه ليس في هذه النصوص ما يدل على ان الشارع قد فضل الارادة الظاهرة على الارادة الباطنة ، وكل ما تدل عليه هذه النصوص هي أن الشارع لم يسر وراء منطق سلطان الارادة إلى النهاية ، بل اعتد إلى حد ما بالاستقرار الواجب في المعاملات ، وبعد كلام طويل يقول: إذا ثبت ذلك نقول : إن القانون المدني الجديد لم ينحرف عن الباطنة إلى الظاهرة ، بل هو لا يزال يعتد كقاعدة عامة بالارادة الباطنة ، ولكنه مع ذلك لم يغال غلواً كبيراً إذ يعتمد إلى جوارذلك باعتبار اجتماعيهو الاستقرار الواجب للمعاملات، ولذلك يعتد بالباطنة بالقدر الذي لا يتعارض مع الاستقرار الذي يجب أن يسود المعاملات .

وبهذا يكون قد انتهى إلى ما انتهي إليه الدكتور السنهوري من قبل .

القانون الجديد في وضعه النهائي قـــد سلك مسلكاً وسطاً بين نظريتي الارادة الظاهرة والارادة الباطنة ، بل هو جعل الارادة الباطنة هي الأصل ولم يعـدل عنها إلى الارادة الظاهرة إلا إذا اقتضى استقرار التعامل هذا العدول ا هـ .

الشروط المقترنة بالصيغة وأثرها في العقد : كل عقد من العقود له أحكامه ونتائجه المترتبة عليه ، ولا نزاع في أن العقد ينشأ ويوجد بإرادة العـاقدين متى صدر عنهما ما يدل على ذلك ، ولكن ترتب النتائج بإيجاب الشارع لا دخـــل للمتعاقدين في إنشائها فهو الذي شرع العقود ، ونظم آثارها ورتبها عليها، حيث جعل كل عقد طريقاً إلى تحقيق أغراض معينة ، وأن كلمات الفقهاء تكاد تتفق على أن العقود أسباب جعلية وضعها الشارع ليتوصل بها إلى مسبباتها التي أوجبها وجعلها آثاراً لها [1] .

وبناء على ذلك إذا صدرت الصيغة من المتعاقدين مطلقة من القيود سليمة من العيوب ترتبت عليها نتائجها التي حددها الشارع ، ولا يستطيع واحـد منهما أن يمنع من ترتب تلك النتائج كلها أو بعضها ، فإذا قال شخص لآخر : بعت لـك داري بألف دينار وقال الآخر قبلت ، ففي هذه اللحظة تنتقل ملكية الدار للمشتري يتصرف فيها كيف شاء ، ويجب على البائع تسليمها له إذا سلمه الثمن، وكذلك الحكم بالنسبة إلى الثمن وليس لواحد منهما بعد ذلـك أن يزيد في هذه الآثار أو ينقص منها .

ولكن في بعض الحالات يجد المتعاقدان أن هذه النتائج في جملتها غير محققة لأغراضها فيضطران إلى التغيير فيها إما بالزيادة ، أو بالنقص في أثنـــاء العقد

---

(١) راجع أصول الفقه في الكلام على العلل الشرعية ومنهـا العقود ، كشف الأسرار ج ٤ وشرح المنارج ٢ والمستصفي للغزالـــي ج ١ ص ٩٣ وما بعدهـــا في فصل الأسباب الشرعة ، والموافقات للشاطبي، الجزء الأول المسالة الرابعة من بحث الاسباب ص ١٩٤ وما بعدها .

فيزيد أحدهما في الصيغة قيداً على هيئة شرط يقبله الآخر، فيحد من أثر الصيغة الأصلية بالنسبة لأحدهما لحساب الآخر .

وهذه الرغبات التي يظهرها المتعاقدان أثناء العقد على هيئة قيود أو شروط[1] لم يتركها الشارع تسير حسب أهواء المتعاقدين وشهواتهم فيختل بذلك نظام التعامل ويسهل تبديل المشروعات، بل لاحظها وعنى بها. فأباح لهم من الشروط أنواعا تحقق رغباتهم ، ولا تتنافى مع مقتضيات العقود الأصلية ، ومنعهم مما يعود على أصل العقد بالنقض ، أو يتنافى مع قواعد الشريعة وأصولها .

جاء ذلك في جملة نصوص من كتاب الله وسنة رسوله .

فالقرآن يوجب الوفاء بالعقود « يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » كما أوجب الوفاء بالعهد « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً »[2] والشرط عهد يلتزم به أحد المتعاقدين للآخر ، والاتفاق عليه والرضا به عقد وارتباط بين الطرفين فيكون مأموراً بالوفاء به .

وفي السنة القولية يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » ، وفي حديث آخر يقول : « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » .

وفي السنة العملية يروى « أن رسول الله اشترى في السفر من جابر بن عبدالله بعيراً وشرط لجابر ظهره إلى المدينة » أي شرط له حق ركوبه بعد البيع حتى يصل إلى المدينة .

---

(١) والفقهاء يعرفون هذا الشرط : « بانه التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد » غمز عيون البصائر للحموي جـ ٣ صـ ٢٢٤ .

(٢) الاسراء - ٣٤ .

كما وردت نصوص أخرى في بعض الشروط الجزئية .

وأخيراً يروي بعض أصحاب السنن : أن رسول الله« نهى عن بيع وشرط».
هذه جملة نصوص تفيد في مجموعها أن الشروط العقدية نوعـــان . مباح واجب الوفاء به ، وآخر غير مباح عنه ، ولكنها لم تبين الحد الفاصل بين النوعين بياناً قاطعاً .

ومن هنا اختلفت الاجتهادات الفقهية في هذا الأمر .

فمن الفقهاء من تمسك بظاهر بعض النصوص ، ووقف عندها لا يبيح للعاقدين شيئاً من الشروط ، ولا يجعل لهـذا الاشتراط حرمة إلا إذا ورد بالشرط دليل خاص ، وهؤلاء هم الظاهرية أتباع داود الظاهري تمسكوا بظاهر حديث « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » .

وعلى عكس هذا تجد فريقـاً آخر يذهب إلى أن للمتعاقدين الحرية التامة في الاشتراط حسبما يتفق وأغراضهم ، ولكن بشرط ألا يكون ذلـــك منهياً عنه بنص خاص ، أو يعود على أصل العقد بالنقض والإلغـــاء ، وهؤلاء هم الحنابلة استندوا لحديث : « المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حرامـــاً أو حرم حلالاً » : فإنه يفيد بظاهره أن الأصل الإباحة كما هي قضية الاستثناء .

وبين المذهبين نجد جمهور الفقهـاء من الحنفية والمالكية والشافعية يتوسطون في الأمر . فلا يشترطون في الإباحة ورود نص خاص ، كما ذهب الفريق الأول، ولا يجعلون الأصل فيها الإباحة كما ذهبالفريق الثاني ، بل يميلون إلى أن الأصل فيها هو الحظر واستثنوا بعضها ولكنهم توسعوا في الاستثناء .

ومع هذا الاختلاف نجد اتفاقاً على أن الشروط المشروعة يجب الوفـاء بها ، والشروط غير المشروعة لاغية لا تجب الوفاء بهـا ، ولكن بعضها يقتصر فساده

على نفسه . فيصح العقد معه ويلغي الشرط ، والبعض الآخر يتعدى فساده إلى العقد ، فيفسد هو الآخر .

وهذا إجمال لا يغني عن التفصيل ، وسنقتصر على تفصيل مذهبي الحنفية والحنابلة .

أما الحنفية فقد قلنا إن الأصل عندهم هو الحظر ، ولكنهم توسعوا في الاستثناء فاستثنوا أنواعاً من الشروط حكموا بصحتها، وهي أربعة كما فصلوها في كتبهم [1] .

١ – الشرط الذي يقتضيه العقد . مثل اشتراط البائع علي المشتري تسليم الثمن قبل تسليم المبيع، واشتراط المشتري رد المبيع إذا وجد به عيباً، واشتراط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها . أو اشتراطه عليها أن تسلم نفسها وتدخل في طاعته إذا قبضت المهر ، أو اشتراطها أن يكون لها مهر مثلها إذا لم يتفقا على تسمية مهر معين ، فإن هذه الشروط لم تثبت شيئاً جديداً غير ما يقتضيه العقد ويوجبه ، لأن مضمونها ثابت واجب الوفاء به حتى ولو لم يشترطه أحد المتعاقدين، ولذلك نرى أن عد هذا النوع من ضمن الشروط ليس كما ينبغي ، فإن كلامنا في شروط تثبت شيئاً زائداً على ما يوجبه العقد ، أو تنقص منه .

٢ – الشرط المؤكد لمقتضى العقد . مثل اشتراط تقديم كفيل ، أو رهن بالثمن عند تأجيله ، واشتراط وصف مرغوب في المبيع ، كأن تكون الأرض لها شرب أو مصرف ، فإن هذا محقق لرغبة المشتري ورضاه بالعقد ، ومثل اشتراط ولي الزوجة أن يكون والد الزوج كفيلاً بالمهر والنفقة .

٣ – الشرط الذي ورد به الشرع فيشمل ما ورد به نص خاص ، كاشتراط الخيار لكل من المتبايعين ، واشتراط تأجيل الثمن ، واشتراط خيار الرؤية

---

(١) راجع المضبوط ج ١٣ ص ١٤ وما بعدها .

إذا لم يكن رأي المبيع عند العقد ، واشتراط الزوج على زوجته أن يكون له حق الطلاق إذا وجد سبب يدعو إلى ذلك ، وما ألحق به بطريق القياس ، كخيار التعيين ، وخيار النقد فإن ما ثبت بالقياس الصحيح يعتبر مما ورد به الشرع .

٤ – الشرط الذي جرى به العرف . مثل اشتراط المشتري على البائع أن يتعهد بإصلاح الشيء المشتري مدة معينة من الزمان ، كالساعة والسيارة ، والمذياع « الراديو » وغيرها إذا جرى العرف بذلك ، ومثله اشتراط حمل البضاعة إلى مكان المشتري .

وإذا لاحظنا أن العرف معتبر إذا لم يصادم نصاً ، أو ينقض قاعدة شرعية أمكننا أن نقول: إن اعتبار الحنفية للشرط العرفي يجعله قريباً من مذهب الحنابلة في التوسع في الشرط .

هذه هي الاستثناءات في المذهب الحنفي، فإذا وجد شرط منها كان صحيحاً واجب الوفاء به ، وما عداها فهو شرط غير صحيح ، وهو إما فاسد أو باطل .

فالفاسد : هو ما لم يكن واحداً من الأنواع السابقة ، وكان فيه منفعة لأحد المتعاقدين ، أو لغيرهما ، مثل أن يشترط بائع الدار على مشتريها أن يؤجرها لفلان « شخص معين » ، واشتراط الزوجة ألا تنتقل من بلدها التي تزوجت فيه ، أو ألا يتزوج عليها ، أو أن يطلق امرأته الأولى ، أو ألا يطلقها أبداً ، أو أن يتوارثا وهما مختلفان ديناً ، وما شابه ذلك من شروط .

والشرط الفاسد ملغى في جميع العقود لا يجب الوفاء به، لكن فساده يتعدى إلى بعض العقود فيفسدها وهي عقود المعاوضات المالية ، كالبيع والإجارة ، والقسمة والمزارعة ، والمساقاة ، والصلح عن المال [١] .

---

(١) راجع تبين الحقائق للزيلعي ج ٤ ص ١٣١ باب المتفرقات ، وجامع الفصولين ج ١ ص ٢ وما بعدها ، والبحر الرائق ج ٦ ص ١٩٤ وما بعدها في باب المتفرقات .

وفي غيرها من العقود يبقى العقد صحيحاً ، ويلغو الشرط وحده سواء كان العقد من عقود التبرعات ، كالصدقة والهبة والإعارة ، أو من عقود التوثيقات كالكفالة والحوالة والرهن ، أو الإسقاطات ، كالطلاق ، أو الإطلاقات . كالوكالة ، أو عقود المعارضات غير المالية كالزواج والخلع والطلاق على مال .

وإنما وجب إلغاء هذا الشرط ، لأن التزامه غير مشروع حيث لم يرد به نص ولا جرى به عرف . وهو في نفس الوقت مخالف لمقتضى العقد ، وإذا كان كذلك لم تكن له حماية شرعية فيلغو . وإنما فسدت المعاوضات المالية التي اقترن بها ، لأن صحة العقود أساسها الرضا ، فإذا فات الرضا لم يكن العقد صحيحاً ، وهنا لما بطل الشرط فات معه رضا من اشترطه ، لأنه ما رضي بالعقد إلا على أساس الموازنة بين العوضين حال قبول الآخر الشرط . بخلاف العقود الأخرى ، فإنه لا موازنة فيها بين عوضين حتى يكون الشرط مقابلاً بجزء من العوض ، ففوات الشرط لا يفوت الرضا .

والشرط الباطل : هو ما خلا من الأوصاف الصحيحة ، ولم يكن فيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا لغيرهما مثل ما إذا اشترط بائع الدار على المشتري أن يتركها من غير سكن مدة شهر في كل سنة مثلاً ، أو اشتراط البائع على المشتري ألا يزرع الأرض مدة سنة . أو يزرعها زرعاً معيناً له أو يبيع له سيارته ويشترط عليه ألا يركب فلاناً ، أو يضعها في مكان خاص .

ومثل هذا الشرط لغو لا فائدة فيه فيلغو وحده ولا يؤثر في العقد بشيء بل يبقى العقد صحيحاً .

وأما الحنابلة فقد جعلوا الأصل في الشروط الإباحة ، فصححوا كل شرط[1]

---

(١) راجع كشاف القناع جـ ٣ ص ٥٣ وفتاوى ابن تيمية جـ ٣ ص ٢٢٦ وما بعدها . وإعلام الموقعين جـ ٣ ص ٢٨٨ وما بعدها . وكتاب الفروع جـ٣ ص٦٠ وروى البخاري في —

فيه منفعة لأحد المتعاقدين ، ولم يستثنوا من ذلك إلا الشرط المنافي لمقتضى العقد، أو الذي ورد النهي عنه .

فمثال الأول : اشتراط البائع على المشتري ألا يبيع المشتري ، أو ألا يقفه أو ألا يسكن فيه . وهذا الشرط يلغو وحده ، ويبقى العقد صحيحاً .

ومثال الثاني : اشتراط البائع على المشتري أن يؤجر الدار لفلان ، أو أن يهبه شيئاً ، أو أن يبيع له شيئاً معيناً ، وكذلك كل شرط يوجب إنشاء عقد آخر . مستندين إلى حديث : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة » ، « أو صفقتين في صفقة » وهذا النوع من الشروط يفسد العقد معه أيضاً ، لأن النزاع في العقد الآخر يؤدي إلى النزاع في العقد الأصلي .

ومن ذلك أيضاً اشتراط الزوجة على زوجها أن يطلق امرأته الأولى أو اشتراطها أن يتوارثا وهما مختلفان ديناً .

وما عدا هذين النوعين فهو صحيح ، فإذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها ، أو ألا ينقلها من بلدها ، وقبل ذلك صح الشرط ووجب الوفاء به ، فإن لم يوف به كان لها أن تطلب الفسخ .

وبالجملة . فإن مذهب [1] الحنابلة يعتبر – بحق – أوسع المذاهب الفقهية في إباحة للشروط فهو الذي يتفق ورغبات المتعاقدين ، وفيه مسايرة العرف التجاري الحديث .

– صحيحه من قضاء عمر رضي الله عنه أن رجلا تزوج امرأة وشرط لها السكنى في دارها، ثم نقلها فتقاضيا إلى عمر ، فقال : لها شرطها ، فقال الرجل : اذن يطلقننا ؟ فقال عمر « مقاطع الحقوق عند الشروط فلك ما شرطت .»

(١) أي فرق بين هذا المذهب وبين ما تقرره القوانين الحديثة . من أن كل شرط يشترطه العاقدان يعتبر صحيحاً ملزماً الا ما يخالف النظام العام ، أو الآداب العامة ، أو النصوص القانونية الخاصة .

ومما يلاحظ أن هذا المذهب لا يفرق بين عقد وعقد ، بل جعلوا عقد الزواج أولى من غيره بالوفاء بشروطه .

يقول ابن القيم في زاد المعاد[1] ، في الصحيحين عن رسول الله أنه قال : « إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج» وفيها « لا تسأل المرأة طلاق أختها لتستفرغ ما في صحفتها فإنما لها ما قدر لها» وفيها « إنه نهى أن تشترط المرأة طلاق أختها » ، وفي مسند أحمد «لا يحل أن تنكح امرأة بطلاق أخرى» فتضمن هذا الحكم وجوب الوفاء بالشروط التي اشترطت في العقد إذ لم تتضمن تغييراً لحكم الله ورسوله » وبعد أن بين بعض الشروط الواجب الوفاء بها . والتي لا يجب الوفاء بها ، والمختلف فيها قال : وتضمن حكمه صلى الله عليه وسلم بطلان اشتراط المرأة طلاق أختها ، وأنه لا يجب الوفاء به ، فإن قيل : فما الفارق بين هذا وبين اشتراطها ألا يتزوج عليها حتى صححتم هذا ، وأبطلتم شرط طلاق الضرة . قيل الفرق بينهما : « إن في اشتراط طلاق الزوجة من الإضرار بها ، وكسر قلبها، وخراب بيتها ، وشماتة أعدائها ما ليس في اشتراط عدم نكاح غيرها ، وقد فرق النص بينهما فقياس أحدهما على الآخر فاسد» اهـ.

تنبيه : تبين مما سبق أن منافاة الشرط لمقتضى العقد تجعل الشرط فاسداً على كلا المذهبين ، ولكن الحنفية توسعوا في تفسير المنافاة — حسبما يؤخذ من تفريعاتهم — فكل ما يحد من آثار العقد — ولو كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين — يعتبر في نظرهم منافياً لمقتضى العقد، والحنابلة لا يعتبرونه منافياً لمقتضى العقد ما دام ذلك غير مبطل للمقصود الأصلي من العقد ، بل قالوا : إن مثل ذلك يعتبر من مقتضى العقد .

لأن مصلحة العاقد مصلحة للعقد نفسه ، فلو شرط البائع على المشتري ألا

---

(١) جـ ٤ ص ٤

يبيع ما اشتراه فإنه يكون مبطلاً للمقصود الأصلي من العقد ، وهو الملك المبيح للتصرف . بخلاف ما إذا شرط الانتفاع به مدة معينة كسكني الدار ،أو زراعه الأرض ، فإنه لا يكون منافياً عندهم .

٣ ـ محل العقد

محل العقد هو ما يقع عليه التعاقد وتظهر فيه أحكام العقد وآثاره ، وهو مختلف باختلاف العقود ، فتارة يكون عينا مالية ، كما في البيع والهبة والرهن وأخرى يكون عيناغير مالية ، كما في الزواج ، فإنموضوعه المرأة ، وقد يقع العقد على منفعة مال ، كما في عقد الإجارة ، وقد يكون غير ذلك ، وسواء كان موضوع العقد هذا أو ذاك فلا بد من أن يتوفر فيه الشروط الآتية :

١ – أن يكون قابلاً لحكم العقد شرعاً ، وهذا متفق عليه بين الفقهاء ، فإذا لم يكن قابلاً له لا يصح أن يرد عليه العقد ، ومن ثم يكون العقدباطلاً. فإذا كان وارداً على منفعة أو عمل يشترط أن يكون مما أباحه الشارع .

فالشيء الذي ليس مالاً كالميتة ، والمال غير المتقوم ، كالخمر والخنزير في حق المسلم ، والمال المباح لا يصح أن يرد عليه ببيع ولا هبة ولا وقف ولا وصية .

وكذلك المرأة المحرمة بالنسبة لشخص معين لا تصلح أن تكون محلاً لعقد الزواج ، والعمل المحرم كالقتل والسرقة ، وإتلاف الأموال لا يصح الاستئجار عليه .

والأموال التي يتسارع إليها الفساد كالخضروات والثلج لا تصلح أن تكون محلاً للرهن على الرأي الراجح ، لأن حكمه وهو حبس المرهون لإمكان استيفاء الدين منه عند عدم الأداء في وقته لا تقبله هذه الاموال .

٢ – أن يكون موجوداً عند العقد ، أو متوقعاً وجوده في المستقبل حسبما تقتضيه طبيعة العقد . فعقود البيع والهبة والرهـــن ترد على عين ، والعارية . والإجارة كلاهما يرد على منفعة ، وهي غير موجودة قطعاً وقت العقد . وإنما توجد شيئاً فشيئاً ، وعقد الاستصناع يرد على شيء غير موجود لكنه يوجد في المستقبل وكذلك عقد المزارعة والمساقاة .

وإذا كانت طبيعة العقود تختلف تبعاً لاختلاف محالها ، فهذا الشرط يختلف تبعاً لذلك الاختلاف .

وقد اتفق الفقهاء على أن الشيء المعدوم الذي يستحيل وجوده لا يصلح أن يكون محلاً للعقد سواء كان ذلك عيناً أو منفعة كما إذا تعاقد شخص مع طبيب على علاج مريض توفي ، فإن الميت لا يصلح أن يكون محلاً للعلاج ، أو تعاقـد شخص مع عامل على حصاد زرعه الذي احترق .

كما اتفقوا على أن محل العقد إذا كان منفعة لا يشترط وجودها عند العقد وإنما يشترط إمكان تحققها في المستقبل ، لأن طبيعة العقد لا تقتضي وجود محـله عند التعاقد حيث إن المنفعة معدومة توجد شيئـاً فشيئاً ولا يتصور وجودها دفعة واحدة .

واختلفوا فيما إذا كان العقد وارداً على عين مالية . هل يشترط أن يكون المحل موجوداً في كل العقود ، أو أن ذلك شرط في بعضها فقط . أو لا يشترط ذلك بل يشترط عدم الغرر وهو مـا لم يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً أو معدوماً .

فالحنفية ومعهم الشافعية يشترطون أن يكون موجوداً في جميع العقود

لا فرق بين عقد معاوضة وعقد تبرع ، فلا يصح عندهم بيـع المعدوم ولاهبته ولا رهنه ، وكذلك ما لا يتيقن وجوده كاللبن في الضرع ، لاحتمال عدمه بأن يكون انتفاخا ، والحمل في بطن أمه ، لاحتمال أن يولد ميتا .

ولذلك تراهم يقررون في السلم « وهو بيع شيء ليس عند الإنسان حال العقد بثمن حال » : إنه مشروع على خلاف القياس والقواعد باستثناء الشارع بالنص .

والمالكية يشترطون ذلك في عقود المعاوضات فقط ، وأما عقود التبرعات كالهبة والوقف فيصح أن يكون المحل فيها معدوماً، فإذا وهب ما ينتجة الشجر أو النخيل من الثمر صح ، ومثلها في ذلك الرهن ، ومع اشتراطهم وجود المحل في عقود المعاوضات فقد جوزوا بيـع المعدوم في الخضروات التي تظهر شيئـاً فشيئاً ، كالباذنجان والبطيخ والخيار والشمام وما شاكلها ، لضرورة أنها لا تظهر دفعة واحدة ، فلو منع بيعها حتى توجد كلها لوقع الناس في الحرج .

والحنابلة وخصوصاً ابن تيمية وابن القيم لا يشترطون وجود المحـل في أي عقد ، فيجوزون بيـع المعدوم ما دام خاليا من الغرر . على معنى أن يكون مقدوراً على تسليمه .

ومنشأ الخلاف هو الاختلاف في فهم حديث النهي عن بيع المعدوم،وحديث النهي عن بيع الغرر . فالحنابلة يقولون : إن النهي عن بيع المعدوم ليس لذاته ، بل لما فيه من الغرر ، فيكون النهي دائراً مع الغرر ، وهو عـــدم القدرة على التسليم ، فاذا كان المعدوم يحتمل وجوده مستقبلاًويقدر على تسليمة حينذاك صح العقد عليه لانتفاء الغرر ، ولذلك لا يصح بيع الموجود الذي لا يقدر على تسليمه كالبعير الشارد ونحوه .

وغيرهم يذهب إلى أن الحديث الأول « نهى عن بيـــع المعدوم » صريح في

النهي عن بيع المعدوم ، فلا يصح إلا ضرورة، كما قال مالك في بيع الخضروات والفواكه ، وحديث النهي عن بيع الغرر وارد في الموجود الذي لا يقدر على تسليمه ، كما في البعير الشارد والعبد الآبق .

والتشريع الوضعي في جملته موافق للفقه الاسلامي بالنسبة لهذا الشرط كما جاء في المادتين ١٣١ ، ١٢٢ من القانون المدني الجديد .

وفي هذا يقول الدكتور السنهوري في وسيطه [١] : يشترط أن يكون محل الالتزام شيئاً موجوداً وقت نشوء الالتزام ، أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك .

وفي موضع آخر [٢] يقول : إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني يجب أن يكون موجوداً ، وإذا كان محله عملا ، أو امتناعاً عن عمل فيجب أن يكون المحل ممكناً ، فإذا كان المحل مستحيلا فإن الالتزام لا يقوم، ويكون العقد باطلا، ثم بين أن الاستحالة المبطلة للعقد هي الاستحالة الذاتية ، الطبيعية إذا كانت سابقة على العقد ، ومثلها الاستحالة القانونية .

٢ — أن يكون معلوماً لطرفي العقد علماً ينفي عنه الجهالة المفضية إلى النزاع والعلم به يتحقق بتعينه بالاشارة ، أو بالرؤية عند العقد أو قبله بوقت لا يحتمل تغيره فيه . وكذلك برؤية جزء منه إذا كانت أجزاؤه، أو وحداته غير متفاوته تفاوتاً يعتد به في عرف الناس ، ويتعين أيضاً بالوصف إذا كان مالا مثلياً، وذلك ببيان جنسه ونوعه ووصفه . كقنطار من القطن جيزة ٣٠ رتبة جود مثلا أو أردب من القمح الهندي درجة نظافته ٢٣

وهذا الشرط موضع خلاف بين الفقهاء . فالشافعية شرطوه في جميع

---

(١) ص ٣٨٦ (٢) ص ٣٨٢

العقود لا فرق بين عقود المعاوضات ، وعقود التبرعات ، والحنفية قصرره على عقود المعاوضات المالية وغير المالية ، وصححوا عقود التبرعات مع الجهالة في محلها ، لأن الجهالة فيها لا تؤدي إلى النزاع .

وأما المالكية فقد شرطوه في عقود المعاوضات المالية ، فلا يصح عقد منها مع الجهالة في محلة مطلقاً سواء كانت فاحشة أو يسيرة ، ولم يشترطوه في عقود التبرعات ، فتصح مع الجهالة وإن كانت فاحشة ، ولذلك صححوا الهبة بالعبد الآبق ، أو البعير الشارد ، لأن الجهالة فيها غير مفضية إلى النزاع .

وفي عقد الزواج توسطوا فشرطوا عدم الجهالة الفاحشة ، ولهذا صححوه مع الجهالة اليسيرة في المهر ، مثل ما إذا تزوجها على أثاث بيت فإن جهالته يسيرة ، فيرجع فيه إلى المتوسط ، ومنعوه بما فيه جهالة فاحشة كالحيوان الفار الذي لا يقدر صاحبه على تسليمه ، وعللوا هذا بأن الزواج فيه شبهان ، شبه بالمعاوضات من ناحية اشتراط أصل المهر ، وشبه بالتبرعات والاحسان من ناحية أن المقصود من دفع المهر هو المودة والألفة ، فلم يكن المهر عوضاً من كل وجه [1] .

---

(١) وفي هذا يقول القرافي في فروقه في الفرق الرابع والعشرين بين قاعدة ما تؤثر فيه الجهالات والغرر ، وقاعدة ما لا تؤثر فيه ذلك من التصرفات : وردت أحاديث صحيحة في نهيه عليه السلام عن بيع الغرر وعن بيع المجهول واختلف العلماء بعد ذلك ، فمنهم من عممه في التصرفات كلها وهو الشافعي، ومنهم من فصل وهو مالك بين قاعدة ما يجتنب فيه الغرر والجهالة وهو باب المماكسات والتصرفات الموجبة لتنمية الأموال وما يقصد به تحصيلها . وقاعدة ما لا يجتنب فيه الغرر والجهالة وهو ما لا يقصد لذلك وانقسمت التصرفات عنده إلى ثلاثة أقسام طرفان وواسطة . فالطرفان أحدهما . معاوضة صرفة، فيتجنب فيها ذلك إلا ما دعت الضرورة إليه عادة ، وثانيهما ، ما هو إحسان صرف لا يقصد به تنمية المال ، بل إن فاتت على من أحسن إليه به لا ضرر عليه ، فانه لم يبذل شيئاً ، بخلاف القسم الأول اذا فات بالغرر والجهالات ضاع المال المبذول في مقابله ، فاقتضت حكمة الشارع منع الجهالة فيه ، وأما الاحسان الصرف

والتشريع الوضعي اشترط التعيين أيضاً ، ولكنه تجاوز عن الجهالة اليسيرة فيما إذا كان المحل غير معين بالذات ، فتراه في المادة ١٣٣ يقول :

(١) إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاتـــه وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً .

(٢) ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره ، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف ، أو من أي ظرف آخر التزم المدين أن يسلم شيئاً من صنف متوسط .

وهنا يقول الاستاذ السنهوري : ويتبين من هذه النصوص أنه يجب في المحل أن يكون معيناً ، أو قابلاً للتعيين [1] .

٤ – أن يكون مقدوراً على تسليمه وقت التعاقد وهذا في المعاوضات المالية بالاتفاق ، وفي عقود التبرعات خلاف مالك أيضاً ، وعلى هـذا الشرط لا يجوز

فالمطلوب التوسعة فيه فيصح بالمعلوم والمجهول ، فاذا وهب له عبده الآبق جاز أن يجده فينتفع به ، ولا ضرر عليه ان لم يجده ، ثم ان الأحاديث لم يرد فيها ما يعم الأقسام كلها ، بل وردت في البيع ونحوه .

وأما الواسطة بين الطرفين فهو النكاح ، فهو من جهة أن المال فيه ليس مقصوداً وإنما مقصده المودة والألفة والسكون يقتضي أن يجوز فيه الجهالة والغرر مطلقاً ، ومن جهة أن صاحب الشرع اشترط فيه المال بقوله تعالى « أن تبتغوا بأموالكم » يقتضي امتنـــاع الجهالة والغرر فيه ، فلوجود الشبهين توسط مالك فجوز فيه الغرر القليل دون الكثير ، فيجوز على عبـد من غير تعيين ، ولا يجوز على العبد الآبق ، لأن الأول يرجع فيه إلى الوسط المتعارف ، والثاني ليس له ضابط فامتنع ، وألحق الخلع بأحد الطرفين الأولين الذي يجوز فيه الغرر مطلقاً ، لأن العصمة وإطلاقها ليس من باب ما يقصد للمعارضة ، بل شأن الطلاق أن يكون بغير عوض كالهبة ، ثم قال والفقه مع مالك رحمه الله » اهـ ملخصا .

(١) الوسيط ص ٣٨٧ .

إجارة المغصوب من غير الغاصب ، كما لا يجوز بيعه من غيره لأن مالكه عاجز عن تسليمه ، ولا يجوز بيع الحيوان الفار ، ولا الصيد بعد فراره سواء كان حيواناً أو طيراً أو سمكاً للعجز عن التسليم .

وظاهر مسلك القانون المدني ، أنه لا يشترط هذا الشرط ، بل أن الدكتور السنهوري في بحث محل الالتزام عد الشروط ثلاثه فقط وليس هـــذا الشرط منها [1] .

(١) راجع الوسيط في شرح المواد من ١٣١ إلى ١٣٥ .

٤ ــ العاقد

إذا كان العقد لا يتصور وجوده من غير عاقد يصدر عنه والعاقد لا يكون إلا إنساناً ، وليس كل إنسان يصلح لأن يكون عاقـــداً ، بل الأمر ــ حسب الواقع المشاهد ــ مختلف ، فمن الناس من لا تصلح عبارته لشيء أصلاً ، ومنهم من تصلح عبارته صلاحاً مطلقاً ، ومنهم من هو وسط بـين النوعين ، فتصلح عبارته لنوع من التصرفات دون نوع آخر ، أو هي صالحة في ذاتهـــا ولكنها قاصرة فتحتاج إلى ما يقويها .

لذلك كان لا بد وراء الانسانية من شيء آخر يجعله صالحاً لأن يكون عاقداً هذا الشيء هو المعبر عنــه بالأهلية ، ثم أن مجرد وجود العبارة الدالة على إنشاء العقد لا تجعله نافذ المفعول تترتب عليه الآثار، بل لا بد من صفة أخرى يتوقف عليها نفاذ العقد شرعاً ، هذه الصفة هي المسماة بالولاية عند الفقهاء .

فلا بد إذاً لوجود العقد شرعاً وترتب آثاره عليه من وجود عاقد له أهلية وولاية ، وهذا يدعونا إلى الكلام على الأمرين « الأهلية والولاية » .

أما الأهلية: فمعناها في اللغة الصلاحية.يقال:فلان أهل لهذا العمل.أي صالح له وجدير به .

وفي اصطلاح الفقهاء هي صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحـاً لأن يثبت له الحقوق ، وتثبت عليه الواجبات ، ويصح منه التصرفات .

والأهلية بهذا المعنى الواسع لا تثبت لكل شخص ، بل قد يثبت له منها جزء أو أجزاء على حسب كمال الشخص في جسمه وعقله ونقصانه ، وهي تتدرج مع الشخص حتى تصل إلى درجة الكمال عندما يصل إلى درجة الكمال فكلما كان الشخص ناقصاً كانت أهليته ناقصة ، وكلما قل نقصه زادت أهليته .

فأول مراحلها ثبوت الحقوق له ، ثم ثبوت الحقوق عليه ، ثم صحة بعض التصرفات ثم صحة كل تصرفاته وتحمله المسئوليات ، ولهذا قسمها الفقهاء إلى قسمين : أهلية وجوب . وأهلية أداء ، وكل منهما إلى قسمين ناقصة وتامة .

فأهلية الوجوب : صلاحيته لأن تجب له الحقوق ، وتجب عليه الواجبات أو هي صلاحيته للالزام والالتزام .

ومناط هذه الأهلية عند الفقهاء هو الذمة (١) وهي صفة اعتبارية اعتبرها

---

(١) فسر القرافي المالكي الذمة بتفسير آخر في كتابه الفروق ج ٣ ص ٢٢٠ وما بعدها في الفرق - ٨٣ - بين الذمة وأهلية التصرف .

حيث قال . إنها معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للالتزام واللزوم ، وهذا المعنى جعله الشرع مسبباً على أشياء خاصة منها البلوغ ومنها الرشد ، فمن بلغ سفيهاً لا ذمة له ، ومنها ترك الحجر ، فمن اجتمعت له هذه الشروط رتب الشرع عليها تقدير معنى فيه يقبل إلزامه أرش الجنايات وأجر الإجارات وأثمان المعاملات ونحو ذلك من التصرفات ويقبل الزامه إذا التزم اشياء اختياراً من قبل نفسه لزمه ، وإذا فقد شرط من هذه الشروط لم يقدر الشرع هذا المعنى القابل للالزام والتزام ، ثم قال : وهذا المعنى المقدر هو الذي تقدر فيه أثمان البياعات بثمن إلى آجال بعيدة أو قريبة .

ثم قال : « وأما أهلية التصرف فحقيقتها عندنا قبول يقدره صاحب الشرع في المحل وسبب هذا القبول المقدر التمييز عندنا ، وعند الشافعي التمييز مع التكليف ، وأخيراً يقول : فكل من أهلية التصرف والذمة معنى مقدر في المحل غير أن الأول لا إلزام ولا التزام فيه ، والثاني فيه ذلك ، والذمة يشترط فيها التكليف من غير خلاف بخلاف أهلية التصرف ففيها خلاف .

والذي يظهر لي من هذا الكلام أن مراده بأهلية التصرف هو ما أراده الحنفية بأهلية الأداء =

الشارع في الشخص تجعله أهلاً لثبوت الحقوق له وعليه ، ولذلك يقال : في ذمة فلان كذا من المال ، والذمة تثبت للشخص باعتباره إنساناً ، فكلما تحققت الإنسانية وجدت الذمة ووجدت معها أهلية الوجوب ؛ ومن هنا تثبت للجنين قبل أن يولد كما سيأتي بيانه .

وهذه الأهلية نوعان . ناقصة وكاملة : فالناقصة هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له . والكاملة هي صلاحيته للوجوب له وعليه .

أهلية الأداء : هي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه معتبرة في نظر الشارع ، ومناط هذه الأهلية التمييز والعقل .

وهي أيضاً نوعان : ناقصة وكاملة حسبما يوجد عند الشخص من التمييز والعقل ، فإن كان تمييزه تاماً وعقله كاملاً كانت أهلية أدائه كاملة .

والأهلية بنوعيها ، أو بأنواعها الأربعة لا تثبت للإنسان مرة واحدة . بل تثبت له شيئاً فشيئاً . وأول ما يثبت له أهلية الوجوب الناقصة ، ثم أهلية الوجوب الكاملة ، ثم أهلية الأداء الناقصة ، ثم الكاملة . هذا إذا كانت حياته سائرة في طريقها الطبيعي ولم يعرض لها عارض من عوارض الأهلية الآتي بيانها.

ومن هنا انقسمت حياة الإنسان بالنسبة لثبوت أنواع الأهلية إلى مراحل

=الناقصة ، وما أراده بالذمة هو ما أرادوه بأهلية الأداء الكاملة. أقول يظهر من كلامه هذا من غير قطع بذلك لانه قال في أول الفرق : إنهما يجتمعان في الحر البالغ الرشيد ، وتنفرد الذمة في العبد البالغ ، وتنفرد أهلية التصرف في الصبي المميز عندنا وعند أبي حنيفة وأحمد ، لان تصرفه صحيح ينفذ بإجازة الولي خلافاً للشافعي فإنه لا يصح عنده حتى ولو أجازه الولي :

لان كون العبد البالغ كامل الاهلية محل نظر .

اربع : ١ – مرحلة كونه جنيناً ٢ – مرحلة الطفولة وعدم التمييز ٣ – مرحلة التمييز ٤ – مرحلة البلوغ مع الرشد .

ففي المرحلة الأولى : يثبت للجنين أهلية وجوب ناقصة ، وبها يكون صالحاً لثبوت بعض الحقوق له ، لأن إنسانيته ليست كاملة ، بل هو إنسان من وجه دون وجه ، فمن حيث إنه يتغذى بغذاء أمه ويتحرك بتحركها ، وينتقل بتنقلها لا يعتبر إنساناً مستقلاً ، ومن حيث إنه على وشك الانفصال عنها يعتبر إنساناً مستقلاً فمراعاة لناحيتين يثبت له بعض ما يثبت للإنسان وهو ثبوت بعض الحقوق وهي :

١ – النسب من أبويه – ٢ – الميراث إذا مات أحد مورثيه . فيوقف له أكبر النصيبين من نصيب الذكر والأنثى – ٣ – استحقاقه لما يوصي له به أو يوقف عليه ،وما يثبت له من ذلك لا تكون ملكيته نافذة ، بل تتوقف على ولادته حياً ، فإذا ولد ميتاً رد ذلك إلى أصحابه المستحقين له ، وإن ولد حياً تثبت له ملكية مستندة إلى وقت ثبوتها بأثر رجعي .

وفي المرحلة الثانية : التي تبدأ بعد الولادة مباشرة ، وتستمر إلى وقت التمييز وهو بلوغه السابعة من عمره ، وفي هذه يصبح إنساناً مستقلاً فتكمل أهلية الوجوب عنده ، فتجب له الحقوق ، وتثبت عليه الواجبات ، فإذا بيع له أو وهب له ملك ، ووجب عليه العوض في المعاوضات .

وإنما الذي يتصرف عنه وليه أو وصيه ، وتلزمه هذه التصرفات ، ما دامت في حدود الولاية ، وآثارها لازمة له أيضاً ، فإذا زوجه وليه لزم المهر في ماله وكذا نفقة الزوجة ، ولا يستطيع أن يتخلص من ذلك بعد ما يثبت له أهلية الأداء ، وهكذا كل الحقوق المالية سواء كانت عوضاً كنفقة الزوجة أو صلة كنفقة الأقارب . أو مئونة كالخراج فإنه مئونة الأرض نظير المحافظة عليها وتسهيل زراعتها بشق الترع وإصلاح الأنهار . وغيرها من المنافع العامة ، ومثله

أيضاً العشر ، لأن جانب المئونة فيه أرجح من جانب العبادة ، ويجب في ماله أيضاً ضمان ما أتلفه من الأنفس والأموال ، فإذا أتلف لإنسان مالاً وجب مثله في ماله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً .

أما مرحلة التمييز : وهي تبدأ بعد سن السابعة إلى البلوغ والعقل .

ومعنى التمييز أن يصير بحالة يفرق فيها بين الخير والشر والنفع والضرر ، ويعرف معاني الألفاظ ، والمقصود منها إجمالاً ، فيعرف أن البيع يخرج المال عن ملكه ويدخله في ملك غيره ، والشراء بالعكس .

والتمييز ليس له وقت محدد ، فقد يأتي مبكراً ، وقد يتأخر ويعرف بآثاره التي تبدو في تصرفات الطفل ، وهذه الآثار لا تظهر دفعة واحدة ، ولذلك لم ينط الشارع أحكام التمييز بحقيقة التمييز لأن الأحكام تضطرب حينئذ .

من أجل ذلك جعل الشارع سناً معينة لتكون مبدأ التمييز وتثبت عندها الأحكام فاعتبر تمام السابعة هو الوقت الذي يعتبر فيه الطفل مميزاً ، وهذه السن في الغالب يميز فيها الطفل متى كان في حالة طبيعية .

وفي هذه المرحلة تبتدىء أهلية الأداء فتثبت له أهلية الأداء الناقصة ليمرن على التصرفات ، ولكن تصرفاته تكون تحت رقابة من له الولاية عليه ، لأن قصور أهليته يجعله محتاجاً إلى ما يكمل أهليته ، ومن هنا قسموا التصرفات بالنسبة إليه إلى ثلاثة أقسام[1]

١ – تصرفات نافعة نفعاً محضا ، وهذه تصح منه وتنفذ ، ولا تحتاج إلى شيء آخر من إذن ولي أو غيره ، لأنها خير على كل حال ، مثل قبول الهبة ، والوصية والوقف وما شاكل ذلك .

---

(١) والمادة ٩٦٧ من المجلة العدلية المعمول بها في لبنان تقسمها إلى هذه الأقسام الثلاثة لانها مأخوذة من مذهب الحنفية .

٢ – تصرفات ضارة ضرراً محضاً ، وهذه لا تصح منه ، بل تقع باطلة ولا تنفذ حتى ولو أجازها الولي أو الوصي . لأن الوصي لا يملك إنشاء هذه التصرفات ابتداء . حيث إن تصرفاته مقيدة بما لا يضر بالصغير ، ومن ذلك الهبة والصدقة والوقف وسائر التبرعات والطلاق والكفالة بالدين .

٣ – تصرفات دائرة بين النفع والضرر بمعنى أنها تحتمل الأمرين كالبيع والشراء والإجارة ، وسائر عقود المعاوضات المالية وغير المالية كالدين .

وهذه التصرفات تصح[1] من الصبي المميز ويتوقف نفاذها على إجازة الولي .. أما صحتها فباعتبار ماله من أصل الاهلية ولاحتمال أنها نافعة ، وأما توقفها فلقصور أهلية الصبى ، ولا حتما لها الأمرين . فإذا أجازها عرفنا أن جهة النفع راجحة ، وإذا رفضها عرفنا أنها بالعكس .

وينبغي هنا ملاحظة الأمور الآتية .

الأول : أن المعتبر في هذا النوع الثالث هو طبيعة العقد دون نظر إلى واقعة معينة . فإذا باع الصبي عقاره بأضعاف قيمته ، أو اشترى بنصف القيمة توقف العقد على الإجازة ولا ينظر إلى ما فيه من نفع ظاهر ، لأن الشأن في هذه العقود أنها تحتمل الأمرين ، ولربما كان البيع بضعف القيمة في واقع الأمر ضرراً ، كما إذا

---

(١) يوافق الحنفية في صحة تصرفات الصبي المميز المالكية كما في الفروق للقرافي . راجع الفرق – ٨٣ – ج ٣ ص ٢٢٦ وما بعدها ؛

وكذلك الحنابلة كما في كشاف القناع ج ٢ ص ٢٢٩ ؛

وبناء على هذا جوزوا لوليه أو للقاضي أن يأذن له بالتجارة ليتدرب على التعامل إلا أن الحنابلة قيدوه بما أذن له فيه فقط ، والحنفية قالوا : لا يتقيد فإذا أذن له بالتجارة في نوع خاص كان له أن يتاجر فيه وفي غيره ، لأن الإذن إطلاق ورفع للحجر عنه وهو لا يقبل التقييد ؛

كان الصغير محتاجاً إلى نفس المبيع مثلا ، أو احتمال أن يأتي عليه زمن ترتفع قيمته فيه أكثر مما بيع به .

الثاني : أن الإجازة لا تكون صحيحة إلا إذا كان المجيز يملك إنشاء هذا العقد وإنفاذه ابتداء، فإذا لم يكن يملك ذلك ابتداء لا تكون إجازته صحيحة.

فمثلا الولي أو الوصي لا يملك ابتداء أن يبيع مال الصغير بغبن فاحش ، ولا الشراء كذلك ، فإذا كان عقد الصغير المميز كذلك لم يملك الولي إجازته . لأن ما لا يملكه ابتداء لا يملك إجازته ، فيقع العقد باطلا من أول الأمر ، كالتصرفات الضارة ضرراً محضاً .

الثالث : أن التصرفات الموقوفة على إجازة الولي إذا بقيت معلقة لم يبت فيها الولي بقبول أو رفض حتى بلغ الصبي وكملت أهليته انتقل إليه حق إجازتها لأنه ببلوغه يستقل في تصرفاته ، فله أن يجيزها وأن يرفضها .

أما التصرفات التي بت فيها الولي بإجازة أو رفض فلا يملك فيها شيئاً لأن التصرف قد نفذ حال الإجازة أو بطل حال الرفض ، وإذا بطل لا يقبل إجازة بعد ذلك ، وكذلك التصرفات التي وقعت باطلة من أول الأمر لا يملك إجازتها بعد البلوغ لما قلنا .

الرابع : إن الاجازة اللاحقة للتصرف تصير كالأذن السابق ، فينفذ التصرف مستنداً إلى وقت التصرف ، فلو تزوج الصبي المميز بدون إذن وليه ثم أجازه الولي نفذ من حين العقد وترتبت عليه آثاره من هذا الوقت ولورده بطل من حين العقد أيضاً .

وأما مرحلة البلوغ والرشد : وهي المرحلة التي يكون فيها الجسم والعقل أقرب إلى التمام فيكمل للشخص فيها أهلية الأداء بالاتفاق إذا بلغ رشيداً .

والبلوغ يعرف بالعلامات الطبيعية إن وجدت وأدنى سن يصدق وجودها فيها إثنتا عشرة سنة في الغلام ، وتسع سنوات في الفتاة ، فإذا ادعى غلام أنه بلغ باحتلام وكانت سنه اثنتي عشرة سنة ، ونماء جسمه يحتمله صدق في دعواه وإن كانت سنه أقل منها لا يصدق ، وكذلك الفتاة بعد تسع سنوات ، وإن لم يوجد شيء من العلامات الطبيعية كان البلوغ بالسن ، فمتى بلغ خمس عشرة سنة حكم ببلوغه سواء كان ذكراً أو أنثى وهذا التقدير عند جمهور الفقهاء [1] منهم الصاحبان والامام الشافعي وهو رواية عن أبي حنيفة [2] .

وأبو حنيفة قدرها في المشهور عنه بثماني عشرة سنة للفتى وسبع عشرة سنة للفتاة، والإمام مالك قدرها بسبع عشرة سنة لهما ، كما في تفسير القرطبي [3].

والشارع جعل البلوغ أمارة على كمال العقل وتمـــام التمييز وإن كان العقل يكمل والتمييز يتم عند بعض الأفراد قبل البلوغ ، وقد يتأخر ذلك عن البلوغ عند البعض ، ولكن الغالب أن ذلك يتحقق عند البلوغ ، والتشريع عام فلا بد أن يناط بشيء ظاهر مضبوط ، لأن إناطته بحقيقة تمام العقل والتمييز — وهو مختلف باختلاف الأفراد والبيئات — يؤدي الى اضطراب التكليف .

وأما الرشد: فهو في اللغة بمعنى الصلاح والهدى إلى صواب الأعمال .

وعند جمهور الفقهاء : هو حسن التصرف في المـــال من الوجهة الدنيوية وإن كان فاسقاً من الوجهة الدينية [4] : وهذا الرشد قد يأتي مع البلوغ . وقد

(١) والدليل على ذلك ما رواه الجماعة عن ابن عمر قال : عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني منتقى الاخبار بشرح نيل الأوطار جـ٥ ص ٢١٠ .

(٢) راجع تكملة البحر الرائق جـ٨ص٩٦.

(٣) جـ ٥ ص ٣٧ .

(٤) هذا هو مذهب الحنفية ويوافقهم الامام مالك ، ففي بداية المجتهد لابن رشد جـ٢ص٢٤٣ ان مالكا يرى ان الرشد هو تثمير المال واصلاحه فقط، والشافعي يشترط مع هذا صلاح الدين، والمادة ٩٤٧ من المجلة العدلية تنص على أن : الرشيد هو الذي يتقيد بمحافظة ماله ويتوقى من الاسراف والتبذير .

يتأخر عنه كثيراً أو قليلا ، وقد يتقدم على البلوغ ولكن لا اعتبـــار له قبل البلوغ ، فإذا بلغ رشيداً كملت أهليته ، وارتفعت الولاية عنه ، وسلم إليه ماله باتفاق الفقهاء ، وإن بلغ غير رشيـد بقيت الولاية عليه ، ولم تكمل أهليته ، وبقيت أمواله تحت يد وليه أووصيه كما كانت عند جمهورالفقهاء ولا ترتفع الولاية عنه حتى يتحقق رشده وقد أخذت المجلة العدلية بهذا الرأي في المادة ـ ٩٨٢ .

وخالف أبو حنيفة في هذا . وقال إذا بلغ عاقلا غير رشيد كملت أهليته وارتفعت الولاية عنه ، ولكن أمواله لا تسلم اليه عن سبيل الاحتيـــاط والتأديب لا على سبيل الحجر عليه [1] ، لأنه لا يرى الحجر على السفيه وهذا المنع عنده مؤقت ينتهي بأحد أمرين . إما بالرشد بالفعل ، أو ببلوغه خمساً وعشرين سنة ، فإن رشد قبلها سلم إليه المال ، وإن لم يتحقق رشده سلم اليه إذا بلغ هذه السن .

وجمهور الفقهاء لم يحددوا للرشد سناً معينة ، لأنه تابع لتربيـــة الشخص واستعداده فقد يأتي مبكراً وقد يتأخر ، ولأن النصوص لم تحدد ذلك ، بل أناطت تسليم المال اليهم بمجموع الأمرين البلوغ وإيناس الرشد في قوله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهـــم أموالهم » [2] .

ثم إن اشتراط الرشد لنفاذ تصرفاته إنما هو بالنسبة للتصرفات المالية التي يكون السفه فيها سبباً للحجر عليه ، وأما غير ذلك من التصرفات كالزواج والطلاق فإنها نافذة منه بمجرد البلوغ مع العقل .

وإذا كانت النصوص الشرعية لم تحدد للرشد سنا معينة ، فليس فيها ما يمنع

(١) راجع رد المختار جـ٥ ص١٤٤ كتاب الحجر.
(٢) النساء ـ ٦

التحديد ، ولكنها تركته لأولي الأمر يحددونها حسبما تقضي به المصلحة تبعاً لاختلاف البيئات وسهولة المعاملات وتعقدها .

ولقد حدد المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال السن التي تنتهي عندها الولاية والوصاية على القاصر باحدى وعشرين سنة[١] كما جاء بالمادة ١٨ ، والمادة ١/٤٧ ، فيصبح الشخص بعدها رشيداً ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه .

وقرر أن القاصر « غير الرشيد » ليس له أهلية التصرف في المال إلا فيما يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته . مادة (٦١) كما أنه جعله أهلا للتصرف فيما يكسبه على عمله من أجر أو غيره إذا بلغ السادسة عشرة ولم ترد المحكمة تقييده في التصرف بشيء . مادة ٦٣

وقد منع هذا القانون تسليم مال القاصر اليه إلا اذا بلغ الثامنة عشرة وأذن له الولي في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها بإشهاد رسمي لدى الموثق أوأذنت له المحكمة بعد سماع أقوال الوصى ، المادتان ٥٤ ، ٥٥

ولقد كانت سن الرشد محددة بذلك من قبل في قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ ، والقانون المدني الجديد .

وفائدة هذا التحديد تظهر في أن الشخص لا يقبل منه إثبات الرشد قبل ذلك ولا يحتاج عند بلوغه إلى إثباته بالدليل ، ويرفع عنه الحجر إلا إذا ثبت سفهه بعد بلوغها فانه يحجر عليه حجراً قضائياً .

ويتلخص مما تقدم أن أهلية الوجوب ثابتة لجميع الأشخاص لا فرق بين رشيد وغير رشيد ، ولا بين مميز وغير مميز ، وأنها لا علاقة لها بانشاء التصرفات وأن أهلية الأداء الكاملة تثبت للبالغ العاقل الرشيد ، فاذا لم يكن رشيداً

---

(١) قد يستأنس في هذا التحديد بما روى عن علي كرم الله وجهه أنه قال : لاعب ولدك سبعاً، وأدبه سبعاً ، وصاحبه سبعاً ، ثم اترك حبله على غاربه :

كانت أهليته ناقصة ما دام مميزاً سواء كان بالغاً أو غير بالغ ، ومن لا تمييز عنده لا أهلية له حتى ولو بلغ مائة سنة ، ومن هنا تكون أهلية الاداء مستلزمة لأهلية الوجوب ولا عكس .

والقانون المدني الجديد بين ذلك في المواد ٤٤، ٤٥، ٤٦ .

مادة — ٤٤ (١) كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل اهلية لمباشرة حقوقه المدنية .

(٢) وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة

مادة — ٤٥ (١) لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون .

(٢) وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز .

مادة — ٤٦ (١) كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون .

عوارض الأهلية

تحت هذا العنوان يتكلم علماء الأصول على أمور كثيرة تعرض للإنسان فتؤثر في أهليته إما بالنقص ، أو بالإبطال وقسموها إلى عوارض سماوية ، وهي التي لا دخل للانسان فيها كالجنون مثلا ، ومكتسبة وهي التي للإنسان دخل فيها كالسكر والسفه ، ولكنهم توسعوا فيها فعدوا منها منها الصغر مع أنه ليس عارضاً ، بل يولد الإنسان صغيراً ، كما عدوا أشياء لا تؤثر في الأهلية بالنسبة إلى المعاملات، وإنما يقتصر تأثيرها على بعض العبادات المكلف بها الشخص ، فيسقطها عنه أو يؤخرها إلى وقت آخر كالنفاس والسفر ، وتبع هذا التوسع أن صرحوا بأن تلك العوارض تعرض للأهليتين . كالموت فانه يعرض لأهلية الوجوب فيمنعها ،والنوم والإغماء وغيرهما فانها تعرض لأهلية الاداء ولا تؤثر في أهلية الوجوب .

كما تبع ذلك أيضاً أن تكلفوا في تفسير العوارض ، فقالوا : إن المراد بها الصفات غير الذاتية للإنسان سواء كانت طارئة ، أو غير طارئة،مع أن المتبادر منها أنها الأمور الطارئة .

ولكنا ونحن بصدد الكلام عن أهلية التعامل لا يعنينا إلا معرفة الأمور التي تعرض لأهلية الأداء التي هي أساس التعامل .

وقد عرفنا أن هذه الأهلية تكمل إذا بلغ الشخص عاقلا رشيداً ، وعندها تكون كل التصرفات التي تصدر من صاحبها صحيحة معتبرة في نظر الشارع . ولكن قد يعرض لصاحب الأهلية عارض يؤثر فيه ، وبمقدار تأثير ذلك العارض في مناط الأهلية — وهو العقل — يكون تأثيره في الأهلية ذاتها . فإن أعدم

العقل . أو عطله تعطيلاً تاماً كان أثره في أهلية صاحبه تاماً كذلك فيعدمها وإن لم يعدم العقل ولكنه أخل به إلى حد ما يكون تأثيره في الأهلية كذلك ، فيصيرها ناقصة بعد أن كانت تامة ، وقد لا يؤثر في العقل فلا يؤثر في الأهلية ولكنه يحد من تصرفات الشخص محافظة على ماله إمـــا لمصلحته ، أو لمصلحة غيره .

والعوارض التي تعدم الأهلية : هي النوم والإغماء والجنون بالاتفاق .والسكر على الخلاف ، وأما العته فينقصها ، والسفه والغفلة والدين ومرض الموت لا تؤثر فيها إلا أنها توجب الحد من تصرفات صاحبها لمصلحته كما في السفه والغفلة ، أو لمصلحة غيره كما في الدين ومرض الموت .

وأما النوم : فهو فتور طبيعي يعتري الإنسان في فترات منتظمة ، أو غير منتظمة لا يزيل العقل بل يعطله ، ولا يزيل الحواس الظاهرة . بل يعطلها ، وعبارات النائم لا اعتبار لها على الإطلاق .

وأما الاغماء : فهو مرض في القلب ،أو الدماغ يعطل القوى المحركة للإنسان أو القوى المدركة فيه ولا يزيل العقل [1] ، وهو يشبه النوم في أن كلا منهما يعطل العقل ، والقوى الظاهرة ، ويفترقان في أن النوم عارض طبيعي ،والاغماء غير طبيعي ، لذلك كان حكمهما واحداً من ناحية تأثيرهما في التصرفات. فكل عبارات المغمى عليه ملغاة لانعدام القصد عنده .

وأما الجنون : فهو اختلال في القوة المميزة بـــين الأمور الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب ، فتعطل أفعالها ، ولا تظهر آثارها .

وسواء أكان مطبقاً « مستمراً » أم غير مطبق« متقطع » فهو معدم للأهلية

(١) السعد في التلويح ص ١٦٧ ج ٣ .

فلا يصح منه تصرف أصلاً في حالة جنونه ، وأما ما يصدر منه وقت الإفاقة في الجنون المتقطع فإنه صحيح ، ما دام عقله سليماً [١] .

وأما العته : فهو آفة توجب خللاً في العقل ، فيصير صاحبه مختلط الكلام فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء ، وبعضه كلام المجانين ، وكذا سائر أموره [٢] .

والعته بهذا المعنى لا يذهب العقل بالكلية ، بل يكون عند صاحبه بقية منه . وعلى هذا تكون أهليته ناقصة كالصبي في دور التمييز ، وقد تقدم تفصيل ما يصح منه وما لا يصح .

هذا هو الأصل في حد العته ، ولكن بعض العلماء يرى أن العته نوعان ، عته تام وآخر غير تام . والأول يأخذ حكم الجنون لأنه نوع منه يسمى بالجنون الساكن ، والثاني يأخذ حكم الصبا مع التمييز .

وأما السكر : فهو حالة تعرض للانسان من امتلاء دماغه من الأبخرة

---

(١) والجنون أنواع مختلفة ، لأن الاختلال إما أن يكون لنقصان جبل عليه في أصل الخلقة . وإما لخروج مزاج الدماغ عن الاعتدال بسبب خلط أو آفة ، وإما لاستيلاء الشيطان وإلقاء الخيالات الفاسدة إليه بحيث يفرح ويفزع من غير ما يصلح سبباً ، فهو أنواع ثلاثة ، فالأول منه لا يمكن علاجه ، لأنه خلقي كلسان الأخرس ، وعين الأكمه ، والثاني يعالج بالأدوية ، وفي هذين النوعين يزول العقل بيقين للفساد الأصلي ، أو الطارىء . وأما الثالث فيسمى صاحبه ممسوساً وموسوساً . وهذا النوع يعالج أيضاً ، ولكنه لا يحكم بزوال العقل فيه » راجع كشف الأسرار ج ٥ ص ١٣٨٣ وما بعدها .

(٢) كشف الأسرار ج ٤ ص ١٣٩٢ .

المتصاعدة إليه ، فيتعطل منه عقله المميز بين الأمور الحسنة والقبيحة [١] .

والسكر إما مباح كالحاصل من الأدوية ، أو الأشربة المباحة ، وإما حرام ، كالحاصل من الخمر وما في معناها ، وقيل إن السكر يذهب العقل والصحيح أنه لا يذهبه ، بل يعطله بالكلية بدليل بقاء تكليفه ، ولا تكليف إلا مع العقل ، وعلى كلا الرأيين لا يكون للسكران إرادة ولا قصد .

ومن هنا ذهب بعض الفقهاء إلى أن عبارته لا تعتبر أصلاً في أي عقد من العقود .

وذهب الجمهور إلى التفرقة بين السكر بمباح ، والسكر بمحرم ، ففي النوع الأول لم يجعلوا لعبارته اعتباراً ، وفي النوع الثاني اعتبروها زجراً له وعقاباً على تسببه في الاخلال بعقله ، وقد سبق تفصيل هذا الرأي ومناقشته .

وأما السفه : فهو خفة تعتري الانسان فتبعثه على العمل بخلاف موجب العقل ، ويراد به هنا : عدم الاحسان في تصرفاته المالية ، فينفقها على خلاف مقتضى الشرع والعقل[٢] فالسفيه ينفق المال من غير نظر وروية في العواقب

(١) وقيل السكر هو سرور يغلب على العقل بمباشرة بعض الأسباب الموجبة له فيمنع الإنسان عن العمل بموجب عقله من غير أن يزيله ، ولهذا بقي السكران أهلاً للخطاب ، وقيل هو غفلة تلحق الإنسان مع فتور في الأعضاء بمباشرة بعض الأسباب الموجبة لها من غير مرض ولا علة ، راجع كشف الأسرار ج ٤ ص ١٤٧٢ وقد وضح كيفية السكر فقال : إن العقل في الرأس ، وشعاعه في الصدر والقلب ، فالقلب يهتدي بنوره لتدبير الأمور وتمييز الحسن من القبيح ، فإذا شرب الخمر خلص أثرها إلى الصدر فحال بينه وبين نور العقل فبقي الصدر مظلماً فلم ينتفع القلب بنور العقل فسمي بذلك سكر حاجز بينه وبين نور العقل . ا هـ

(٢) فالمبذر سفيه ولو كان ينفق ماله في وجوه البر عند الحنفية ، وخالف الشافعي فلم يجعل الإسراف في الإنفاق في وجوه البر سفهاً . راجع رد المحتار جـ ٥ « كتاب الحجر » وتبين الحقائق : جـ ٥ ص ١٩٢ .

محمودة كانت أو غير محمودة ، لان من عادته التبذير والاسراف في النفقة ،وان يتصرف تصرفاً لا لغرض أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضاً،وهذه الخفة لا تؤثر في أهلية السفيه بشيء ، لأن كمال الأهلية تابع لكمال العقل ، والسفيه كامل العقل . غير أنه يسير مع هواه ويكابر عقله .

وقد اختلف الفقهاء في الحجر على السفيه ومنعه من بعض التصرفات .

فذهب أبو حنيفة إلى عدم الحجر عليه ، لأن الشخص إذا بلغ رشيداً كملت أهليته ، وارتفعت الولاية عنه ، وسلم إليه ماله ، فإذا ما عرض له السفه بعد ذلك لا يحجر عليه ولا يسلب منه ماله ، لأن في الحجر إهداراً لآدميته وحريته ولا يكون المال أعز من النفس في موازين الاشياء .

وأما إذا بلغ عاقلاً غير رشيد ، فانه يرى أن أهليته تكمل ؛ والولاية ترفع عنه ولا يسلم إليه ما له لا حجراً عليه ، وإنما للاحتياط فقط حتى إذا رشد بالفعل سلم إليه ، فإن لم يتحقق رشده وبلغ خمساً وعشرين سنة سلم إليه المال لأن من وصل إلى هذه السن ولم يرشد لا ينتظر منه رشد بعد ذلك ، فلا فائدة من حجز المال عنه ، أو يقال : إن هذه السن غالباً يتحقق فيها الرشد .

وذهب الصاحبان « أبو يوسف ومحمد » إلى أنه إذا بلغ سفيهاً تبقى الولاية عليه ، ولا يسلم إليه ماله ، ولا ينفذ من تصرفاته إلا ما كان نفعاً محضاً ، وأما بقية تصرفاته التي تقبل الفسخ ولا تكون صحيحة مع الهزل فممنوع منها ، وهذا الحجر للمحافظة على ماله لئلا يكون عالة على الناس بعد إفلاسه .

وأما التصرفات التي لا يؤثر فيها الهزل ، وهي الزواج والطلاق والرجعة والاعتاق واليمين ، فتقع منه نافذة لأن الشارع رتب عليها آ ثارها بمجرد وجود العبارة المنشئة لها ، وكذلك وصيته لجهة من جهات البر ، لأنها عبادة ،وهي صحيحة منه .

وأما إذا بلغ رشيداً ثم عرض له السفه فإن الصاحبين اتفقا على أنه يحجر عليه في التصرفات التي يؤثر فيها الهزل للعلة السابقة ، ومع اتفاقهما على مشروعية الحجر بسبب السفه يرى محمد أن تحقق السفه يكفي في ثبوت الحجر عليه ، ولا يتوقف على القضاء ، لأن العلة في ثبوته هي السفه وقد تحقق ، فصار كالحجر بالجنون والعته والصغر ، وهذه لا تحتاج إلى القضاء فكذلك السفه . وكما أن ثبوته عنده لا يتوقف على القضاء كذلك زواله لا يتوقف عليه ، فمجرد عودة الرشد إليه يرتفع الحجر عنه.

وذهب أبو يوسف إلى أنه لا يصير محجوراً عليه إلا بعد القضاء ، فوجود السفه وحده لا يمنع صحة تصرفاته ونفاذها لأمور :

الاول : أن الحجر عليه للنظر له ، وفي الحجر تحصيل النفع له بإبقاء ملكه والحاق الضرر به بإهدار عبارته وتصرفاته ، ومثل هذا محتاج إلى ترجيح أحد الجانبين وهو لا يكون إلى بقضاء القاضي :

الثاني : أن السفه أمر تقديري تختلف فيه أنظار العقلاء ، فرب شخص يرى تصرفاً ما سفهاً بينما لا يراه غيره كذلك ، وهذا يحتاج إلى قضاء القاضي الذي وظيفته الفصل في المنازعات بين الناس ، على أن السفه لا يثبت بالتبذير مرة واحدة ، بل لا يكون إلا بعد التكرار .

الثالث : أن الحجر عليه مبطل لتصرفاته ، وفي ثبوت الحجر عليه من غير قضاء إلحاق الضرر بمن تعاملوا معه من غير أن يعرفوا حقيقة أمره .

وكما أن الحجر عليه لا يكون إلا بقضاء القاضي عند أبي يوسف كذلك لا يرتفع الحجر إلا بعد القضاء بزواله عندما يتبين للقاضي زوال سفهه

وعلى هذا تكون تصرفاته بعد السفه وقبل القضاء نافذة ، وتصرفاته بعد زوال السفه

وقبل القضاء بزواله غير نافذة لعدم تحقق الشرط [1] .

ومما تجب ملاحظته هنا . أن الحجر على السفيه يتناول تصرفاته في جميع أمواله لا فرق بين ما دخل ملكه بعد الحجر عليه أو قبله ، والأئمة الثلاثة ومالك والشافعي وأحمد بن حنبل ، موافقون على مبدأ الحجر كرأي الصاحبين [2] .

وأما **الغفلة:** فهي عدم الخبرة بالمعاملات ومعرفة نافعها من ضارها، وصاحبها يخدع بسهولة ، فيلحقه الغبن في معاملاته .

وهذا المعنى لا يوجب الحجر عند الإمام أبي حنيفة ، ويوجبه عند صاحبيه والأئمة الثلاثة ، فذو الغفلة كالسفيه عندهم سواء بسواء .

وأما **الدين** : فهو عارض يعرض للإنسان لا يؤثر في أهليته بالاتفاق سواء كان مستغرقاً لكل ماله . أو غير مستغرق ، لكنه يوجب الحد من تصرفاته بالحجر عليه عند جمهور الفقهاء خلافاً لأبي حنيفة ، فإنه لا يرى الحجر عليه ، لأن في الحجر إهداراً لحريته وإنسانيته ، وإنما يؤمر بسداد ديونه ، فإن امتثل فلا يتعرض له بشيء ، وإن أبى الأداء حبس حتى يرضى بالأداء ،فيبيع ماله بنفسه ليؤدي ما عليه ، ولا يجوز للقاضي أن يبيع ماله جبراً عنه من غير رضاه ، لأن هذا نوع حجر عليه ، وهو لا يذهب إليه بالنسبة للحر البالغ العاقل بحال .

---

(١) راجع كشف الأسرار الكبير ج ٤ ص ١٤٩٤ ، وكشف الأسرار الصغير ج ٣ ص ٣٠٣ ، وتبين الحقائق ج ٥ باب الحجر ، ورد المحتار ج ٥ باب الحجر أيضاً .

(٢) توسط بعض فقهاء العراق كابراهيم النخعي وابن سيرين في الحكم بالحجر على السفيه فذهبوا إلى رأي وسط بين هذين الرأيين فقالوا : إن السفه الأصلي موجب للحجر عليه بسبب الصغر ، أما السفه العارض بعد البلوغ مع الرشد فلا يوجب الحجر عندهم . راجع بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٢٤١ وما بعد .

وأما جمهور الفقهاء الذين يرون الحجر عليه ، فمع اتفاقهم على مبدأ الحجر مختلفون في أن الحجر عليه يتوقف على قضاء القاضي أولاً .

فأبو يوسف ومحمد يذهبان إلى أنه يحجر عليه بشرطين .

١ – أن يكون دينه مستغرقاً .

٢ – وأن يطلب الغرماء الحجر عليه ، وعلى هذا لا يصير محجوراً عليه إلا بقضاء القاضي فتكون تصرفاته قبل القضاء نافذة [١] .

والحجر يظهر أثره في أمرين :

الاول : منعه من التصرفات التي تضر بدائنيه سواء أكانت تلك التصرفات من التبرعات المحضة كالهبة ، أم من المعاوضات التي فيها محاباه ، كالبيع بأقل من القيمة أو الشراء بأكثر منها.

الثاني : أنه يباع ماله جبراً عنه لسداد ديونه متى طلب الغرماء ذلك، ولكن يتبع في بيع أمواله الطريقة التي لا يلحقه ضرر منها وهي : أنه يبدأ ببيع المنقول الذي يتسارع إليه الفساد ، ثم باقي المنقول ، ثم العقار ، ولا يباع جميع أمواله بل يترك له ما يفي بحاجاته الأصلية من طعام وكسوة وسكنى له ولمن تجب نفقتهم عليه ، ويراعى في ذلك قدر الكفاية من غير إسراف ولا تقتير ، حتى قالوا :

ولو كان له مسكن فسيح يمكن ان يكتفي بأقل منه بيع ذلك واشترى له

---

(١) والفرق للامام محمد بين الحجر هنا والحجر على السفيه . أن الحجر هنا لأجل الغرماء فيتوقف على طلبهم ، وذلك لا يتم إلا بقضاء القاضي ، بخلاف الحجر على السفيه فانه لمصلحته وهو غير موقوف على طلب أحد .

آخر بقدر حاجته [١] .

ثم إن الحجز عليه يقتصر على أمواله التي اكتسبها قبل الحجر عليه ، لأنها هي التي تعلق بها حق الدائنين ، أما التي اكتسبها بعد الحجر عليه فلا يسري عليها الحجر ، بل له حرية التصرف فيها كيف شاء .

والإمام مالك يرى أنه يحجر عليه ابتداء من غير حاجة إلى قضاء القاضي فتصرفاته التي تضر بدائنيه بعد الدين كلها موقوفة غير نافذة . ولهم إبطالها وإجازتها ، أما تصرفاته التي لا تضر بهم كالبيع والشراء من غير محاباة . والإقرار بدين لمن لا يتهم فيه فصحيحة نافذة لأن المنع لحق الغرماء . فكل ما يضر بحقهم يحجر عليه فيه محافظة على حقوقهم ويبقى ما عدا ذلك على الأصل وهو النفاذ .

وإذا كان الدين محيطاً بماله كله حكم الحاكم بتفليسه ، ويحجر عليه وحينئذ يمنع من كل التصرفات في ماله . فلا يصح منها شيء حتى يقسمه بين غرمائه ، ويعجل ما عليه من الدين المؤجل ، ويترك له قدر نفقته وأولاده الصغار أياماً قدرت في بعض الروايات بشهر ، وفي أخرى إلى أن يتسبب في وجه نفقته ، لأن إسلامه إلى الهلاك دون قوت غير جائز ، كذلك كسوته المعتادة ثم ما عدا ذلك يسدد منه ديونه [٢] .

---

(١) جاء في تبيين الحقائق صـ ٢٠٠ جـ ٥ : إذا باع القاضي مال المدين لقضاء ديونه يترك عليه دست من ثياب بدنه . ويباع الباقي ، لأن به كفاية ، وقيل يترك له دستان لأنه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس ، وقالوا : إذا كان للمدين ثياب يلبسها ويكتفي بدون ذلك فإنه يبيع ثيابه ويقضي ببعض ثمنها الدين ، ويشتري بما بقي ثوباً يلبسه ، لأن قضاء الدين فرض عليه ، فكان أولى من التجميل ، وكذلك في المسكن إذا كان له مسكن يمكنه أن يجتزيء بما دون ذلك يبيعه ويقضي ببعض ثمنه الدين ويشتري بالباقي مسكناً يكفيه » اهـ والدست كلمة فارسية معناها «البدلة»

(٢) راجع بداية المجتهد لابن رشد جـ٢ صـ٢٤٦ ومابعدها ، وشرح الباجي على الموطأ جـ٥ صـ٨٢ وما بعدها ، وفي صـ ٨٥ يقول : والمرأة المديانة تفلس حتى تتزوج فليس لغرمائها أخذ مهرها في دينهم إلا أن يكون الشيء الخفيف كالدينار ونحوه ، فليس لها أن تقضيهم جميع صداقها وتبقى بلا جهاز ، ووجه ذلك أن حق الزوج متعلق بالجهاز .

وفي مذهب الحنابلة رأيان : رأي مع الامام مالك ، واختاره ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، ورأى مع الصاحبين وهو أن تصرفه نافذ ما دام لم يحجر عليه

مرض الموت : المرض عارض يعرض للإنسان لا ينافى أهلية الوجوب . لأنه لا يخل بالذمة ، أو بالحياة التي هي مناط هذه الأهلية ، كما لا ينافى أهلية الأداء ، لأنه لا يخل بالعقل ، فيجب على المريض الحقوق لغيره كما يجب على الصحيح وعبارته معتبرة حتى انعقد بيعه وهبته وإجارته ، وصح نكاحه وطلاقه وسائر تصرفاته .

وكان مقتضى ذلك ألا يتعلق بماله حق لغيره ولا يحجر عليه في شيء من تصرفاته .

ولكن نوعاً منه يسلم الى الموت الذي ينهي الذمة ، ويبطل الملكية سماه العلماء « مرض الموت » ، وجعلوه موجباً للحجر عليه في بعض تصرفاته محافظة على حقوق غيره من الورثة والغرماء ، وهذا النوع من المرض هو الذي يعنينا الكلام عليه هنا .

وقد اختلفت عبارات الفقهاء في تحديد وبيان حقيقته . فمنهم من عرفه بأنه المرض الملزم لصاحبه الفراش طال وقته أم قصر ، ومنهم من قال إنه المعجز لصاحبه عن القيام بأعماله المطلوبة منه سواء كان صاحب فراش أو لا بشرط أن يموت منه قبل مضي سنة ، فإن تجاوز السنة فلا يعتبر مرض موت ومنهم من ذهب فيه غير ذلك .

والمحققون من الفقهاء يقولون : إن العبرة في مرض الموت أن يكون مما يغلب فيه الهلاك عادة . وان يتصل به الموت سواء أكان حصول الموت بسبب هذا المرض أم بسبب آخر غيره ، كالقتل والحرق والغرق وغيرها ، ولا يلتفت بعد

ذلك إلى شيء آخر كالعجز عن العمل . أو ملازمة الفراش ، أو تحديد الوقت الذي يموت فيه بسنة أو أقل منها . إلا أنه إذا طال المرض ، فإن كان يزداد على مر الأيام ، وتسوء حالة صاحبه فإنه يعتبر من مبدأ المرض إلى الوفاة مريضاً مرض الموت ، وإن توقف المرض وهدأت حالته . واستمرت حالة الهدوء مدة سنة ، ثم بدأ يشتد ألغيت المدة السابقة على مدتـــه ، ولم تعتبر مرض موت ، بل يعتبر الشخص فيهـا صحيحاً . هكذا . كل توقف إن استمر سنة من غير مضاعفات ألغيت المدة كلها ، وإن كان توقفه أقل من سنة أخذ حـــكم المرض المستمر .

وعلى ذلك يكون الملاحظ في مرض الموت غلبة الظن بالهلاك من هذا المرض، فكل مرض يغلب على الظن أنـــه موصل إلى الموت عادة ، أو حسب تقرير الأطباء يعتبر مرض موت طال زمنه أو قصر متى اتصل به الموت ، ولم تتخلله فترة هدوء سنة أو أكثر .

ولا شك في أن مرضاً كهذا يجعل صاحبه يائساً من الحياة ، فيختل ميزان تصرفاته ، فلا يسير فيها على الجادة المستقيمة . بل تراه يميل بها مرة إلى هنـا ، وأخرى إلى هناك .

ولذلك ألحقوا بالمريض مرض الموت كل شخص يضعف أمله في الحياة بسبب عارض من العوارض وإن كان صحيحاً معافى من جميع الأمراض . كمن حكم عليه بالإعدام حكما صحيحا غير قابل للنقض ولا أمل في العفو عنه . فانه يعتبر كالمريض مرض الموت بالنسبة لتصرفاته ، وكذلك من كان في سفينة اختل توازنها في وسط البحر ، وجنحت إلى الغرق ولا أمل في نجدتها ، ومثله أيضاً من كان في ساحة القتال أمام عدو يفوقه عدداً وعدة ، وأمله ضعيف في النصر. كل أولئك يأخذون حكم المريض مرض الموت [1].

(١) الفتاوى الهندية جـ٦ ص ١٠٩

فإذا اختل أحد الأمرين السابقين لا يعتبر الشخص مريضاً مرض الموت .

فإن كان المرض لا يوصل إلى الموت في الغالب . كالأمراض العادية ، ثم اتصل به الموت لا يعتبر الشخص في هذه المدة في مرض الموت ، وكذلك إذا كان المرض يغلب منه الهلاك واستمر مدة ، ثم أعقبه الشفاء النهائي . أو الشفاء الذي استمر اكثرمن سنة ، فانالشخص لا يعتبر فيه مريضاً مرض الموت كذلك.

هذا النوع من المرض له حكم خاص . وهو أن حقوق الدائنين تتعلق بمال المريض كله إن كان الدين مستغرقاً . أو ببعضه إن لم يكن كذلك ، كما يتعلق حق ورثته بثلثي ماله الخالص من الديون ، وهذا يقتضي الحجر عليه فيما يضر بحقوقهم .

وإنما كان هذا النوع من المرض موجبا لتعلق حقوق الغير بالمال ، لأنه موصل الى الموت بسبب ترادف الآلام ، والموت عجز حقيقي ، وهو علة لخلافة الورثة والغرماء في المال ، لأن بالموت تبطل أهلية الملك . فيخلفه أقرب الناس اليه ، والذمة تخرب بالموت ، فيصير المال الذي هو محل قضاء الدين مشغولا بالدين . فيخلفه الغريم في المال ، فيكون المرض من أسباب تعلق حق الوارث والغريم بماله .

وإذا كان المرض سبباً لتعلق حق الوارث والغريم بالمال يكون سبباً من أسباب الحجر على المريض بقدر ما يقع به صيانة هذا الحق .

ويثبت الحجر بالمرض عندما يتصل به الموت ، لأن علة الحجر مرض مميت ، فقبل وجود الوصف لا يثبت الحجر ، لأنه قبل الموت لا ندري . أيتصل به الموت فيكون مرض موت موجباً للحجر ، أم لا يتصل به فلا يكون كذلك ، ومع هذا الشك لا يثبت الحجر ، ولكن إذا ثبت الحجر يثبت مستنداً إلى أول المرض ، لأن الموت لما اتصل به علمنا أن حق هؤلاء تعلق بالمال من وقت ابتداء المرض .

وإذا كنا لا نحكم بتعلق تلك الحقوق بالمال إلا بعـــد الموت ، ولا يثبت الحجر إلا في هذا الوقت تكون تصرفات المريض قبـل الموت صحيحة نافـذة تترتب عليها آثارها إذا كانت قابلة للفسخ[1] مثل البيع والهبة والوقف والوصية فإذا تحقق الموت نقض من هذه التصرفات ما يحتاج إلى نقضه إذا تعارض مع حق الغرماء ، أو الورثة ولم يجيزوه .

وإذا كان مرض الموت موجباً للحجر بعد الموت مستنداً إلى أول المرض لحق الغرماء والورثة فهل معنى هذا أن يسري الحجر على جميع تصرفاته التي صدرت منه في هذه الفترة كلها ؟

والجواب عن ذلك يحتاج إلى شيء من التفصيل لأن التصرف إما أن يكون لأجل قضاء حاجات المريض نفسه من طعـام وكسوة وسكني وزواج وثمن دواء ونفقة من تلزمه نفقته ، أو لغير ذلك ، والثاني إما أن يكون تصرفاً في المنافع بتمليكها للغير بعوض فيه غبن بطريق الإجارة ، أو بغير عوض بطريق الإعارة ، أو يكون تصرفاً في أعيان المال بتمليكها كذلـــك بعوض أو بغير عوض ، وعلى كل . إما أن يكون لوارث أو لأجنبي .

فإذا كان تصرف المريض لأجل قضاء حاجاته ، ونفقة من تلزمه نفقته نفذ من حين التصرف ، وليس لأحد اعتراض عليه بعد وفاتـــه ، فلا الدائنون ولا الورثة يملكون إبطال شيء من ذلـــك مهما بلغت قيمته بالنسبة للتركة إلا إذا كان في هذا التصرف محاباة ، أو غبن لا يتغابن فيه الناس ، كما إذا باع شيئـاً بأقل من قيمته ، أو اشترى بأكثر من القيمة ، فإن هذه المحاباة تعتبر تبرعاً في مرض الموت فتأخذ حكم الوصية . يستوي في هذا الشراء من الوارث أو من

---

(١) وأما التصرفات التي لا تقبل الفسخ كالاعتاق . فانها تقع منه صحيحة موقوفة كالمعلقة على الموت فيما يتعارض مع حقهم ويأخذ حكم الوصية .

الأجنبي على الأصح .

وإذا تزوج بمهر المثل فليس لأحد التعرض لذلك بالابطال بعد وفاته أيضاً ، لكن إذا كان المهر أكثر من مهر المثل اعتبرت الزيادة تبرعاً للزوجة ، فيأخذ حكم الوصية للوارث ، وكذلك إذا طلق امرأته وقع طلاقه ، فإن كان الطلاق بائناً ومات وهي في العدة ورثته لأنه بطلاقها يعتبر فاراً من ميراثها ، وهذا عند الحنفية ، وعليه العمل الآن وهناك آراء أخرى [1]

وإذا كان تصرفه في المنافع سواء كان بعوض أو بغير عوض كالإجارة والاعارة والمزارعة والمساقاة وغيرها ، فلا يملك أحد الرجوع عليها بالابطال عند الحنفية لأمرين :

الاول : أن المنافع ليست أموالاً في مذهبهم فلا يتعلق بها حق الدائنين والورثة .

الثاني أن التصرف في المنافع ينتهي بوفاة أحد المتعاقدين ، وإذا انتهى التصرف الذي فيه المحاباة بوفاة المريض لم يبق محل لاعتراض أصحاب الحقوق من الدائنين والورثة .

وأما غير الحنفية الذين يعتبرون المنافع أموالاً وأنها تنتقل ملكيتها بالإرث فإن التصرف فيها خاضع لما يخضع له التصرفات في الاعيان .

وأما التصرف في الأعيان . فإن كان بغير عوض ، كالهبة أو الوقف أو

---

(١) ويرى الحنابلة أنها ترثه مطلقاً حتى ولو انقضت عدتها ما لم تتزوج بغيره قبل موته ، والمالكية يقولون : إنها ترث منه حتى ولو تزوجت غيره ، والشافعي منع إرثها منه عملا بالاصل وهو عدم إرث المبتوتة :

التصدق أو بعوض فيه محاباة . كأن يبيع عيناً من ماله ، أو يشتري عيناً من آخر بالغبن فإن هذا التصرف يتوقف نفاذه بعد وفاة المريض على إجازة أصحاب الحق أو رفع ذلك الغبن ، وإن كان التصرف لا غبن فيه . فإن كان مع أجنبي فإنه ينفذ ولا يتوقف على إجازة أحد كما لا يبطله إبطال أحد منهم ، لأنه لم يمس حقاً من حقوقهم ولا تهمة فيه .

وإن كان البيع لوارث بمثل القيمة ، أو بأكثر منها فكذلك لا يملك أحد إبطاله عند الصاحبين . بمعنى أنه نافذ في حق الغرماء والورثة ، لأن حق الجميع عندهما متعلق بمالية التركة دون أعيانها وصورها .

وأما عند الإمام فهو نافذ في حق الغرماء فقط ، وأما في حق الورثة فغير نافذ ، بل هو موقوف على إجازتهم ، لأن حق الورثة عنده متعلق بمالية التركة وأعيانها معاً [1] فبيعه لأحد الورثة فيه إيثار له بهذه العين دون الآخرين ، فتكون كالوصية بهذه العين للوارث ، لأن المحاباة كما تكون بالتبرع بالمال نفسه تكون بعين مختارة ولو بقيمتها ، والوصية للوارث موقوفة على إجازة الورثة .

يلاحظ أن قانون الوصية في مصر أجاز الوصية للوارث كالأجنبي في حدود الثلث على السواء من غير توقف على إجازة أحد ، والتوقف إنما هو فيما زاد على الثلث .

أما في لبنان فالعمل على مذهب الحنفية الذي يوقف نفاذ الوصية للوارث على إجازة الورثة بالنسبة للسنيين ، وأما الجعفرية فقد أجازوا الوصية للوارث وللاجنبي على السواء .

---

(١) في كشف الاسرار الكبير ج ٤ ص ١٤٣٢ ، حق الوراثة متعلق بالمال صورة ومعنى في حق أنفسهم ، ومتعلق به معنى في حق غيرهم من الأجانب والغرماء ، فلو باع عيناً لأحد الورثة بمثل القيمة لا ينفذ إلا باجازة الباقين ، ولو باعها لأجنبي نفذت من غير توقف لأن حق الغرماء متعلق به معنى لا صورة في حق أنفسهم وفي حق غيرهم ، فلو باع عيناً بمثل القيمة لأحد الغرماء أو لأجنبي عنهم سواء كان وارثا أو غير وارث نفذ من غير توقف .

هذا حزكم تصرفات المريض مرض الموت ما ينفذ منها في حياته وبعد وفاته وما يفذ منهـا في حياته ، ويتوقف بعد وفاته .

ومن هذا العرض نعلم أن مال المريض مرض الموت تتعلق به حقوق .

حق المريض نفسه ومن تلزمه نفقته وقد عرفنا أنه مقـدم على جميع الحقوق وأنه نافذ وإن استنفذ كل المال إذا لم يكن فيه محاباة لأحد .

ثم يلي ذلك حقوق الدائنين ، فإنها مقدمة على حقوق الورثة، والموصى لهم، ولذلك تتوقف كل تصرفاته التي فيها غبن يمس حقهم على إجازتهم أو إبرائهم .

فإذا كان الدين محيطاً بكل التركة توقفت التصرفات التي فيهـا غبن ولو كان يسيراً على إجازتهم أو إبرائهم أو رفع ذلك الغبن ، فإن تمسكوا بحقهم ولم يرفع هذا الغبن أبطلت هذه التصرفات، وفي هذه الحالة لا شأن للورثة بالتركة إلا إذا أرادوا استخلاص أعيانها بدفـع قيمتها للدائنين ، فانه في هذه الحـــالة يجبر الدائنون على أخذ القيمة متى كانت ديونهم مساوية للتركة ، وإن كانت الديون أكثر لا يجبرون .

وإن كان الدين غير مستغرق لكل المال استوفى مقدار الدين أولا ، ومـا بقي بعد ذلك يكون حق الورثة متعلقاً به، فإن سلم لهم الثلثان بأن كانت المحاباة تخرج من ثلث باقي التركة بعد أداء الديون نفذت التصرفات ، وإلا توقفت على إجازة الورثة ، أو رفع ذلك الغبن .

وحق الورثة يظهر دائماً في الثلثين بعد أداء الديون ، ولهذا لو كانت التركة مستغرقة بالديون لم يكن للورثة حق فيها ، فإن تنازل الدائنون عن بعض دينهم ظهر حق الورثة وتعلق بثلثي هـــذا الجزء المتنازل عنه ، ولذلك لا ينفذ من التصرفات التي فيها محاباة إلا بما يوازي ثلث هذا الجزء المتنازل عنه .

فلو فرضنا أن المدين بدين مستغرق لماله باع - وهو مريض - عيناً قيمتها خمسمائة بأربعمائة فإن مقدار الغبن يكون مائة ، ويتوقف على إجازة الدائنين ، أو إبرائهم من الدين مقدار ثلاثمائة ليخرج الغبن من ثلثه ، فلو كان الإبراء من مائة فقط توقف على إجازة الورثة في ثلثي المائة .

ومن الحقوق المتعلقة بالتركة أيضاً الوصية : وهي مقدمة على الميراث. وتنفذ في الثلث من غير توقف على إجازة ، والمحاباة في تصرفاته في مرض الموت تعتبر وصية في المعنى فتضم إلى وصاياه الأخرى لتخرج من الثلث . فإن ضاق عنها توقفت على إجازة الورثة (١) .

(١) والقانون المدني عرض لتصرفات المريض مرض الموت في موضعين . الأول في البيع في مادتي ٤٧٧ ، ٤٧٨ ، والثاني في أسباب كسب الملكية في الوصية مادة - ٩١٦ - وهو في الموضعين قريب من أحكام الشريعة ، بل متفق معها في أغلب الأحكام . راجع بحث الدكتور كامل مرسي في مجلة القانون والاقتصاد في سنتها الثامنة .

الولاية

معناها . أنواعها . مبدأ ثبوتها . وعلى
من تكون . من تثبت له . شروطها

الولاية في اللغة مصدر ترد بمعنى تولى الأمر والقيام به أو عليه تقول : ولي هذا الشيء، وولي عليه ولاية إذا ملك أمره، وكان له القيام عليه ، أو القيام به.

وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن سلطة شرعية تجعل لمن ثبتت له القدرة على على إنشاء التصرفات والعقود وتنفيذها بمعنى أنها تترتب عليها آثارها الشرعية بمجرد صدورها منه .

وهذه السلطة لا تثبت إلا لمن كان كامل أهلية الأداء ، ففاقد الأهلية ، وناقصها لا ولاية لواحد منهما لا على نفسه ، ولا على غيره .

أنواع الولاية : هذه السلطة تثبت للشخص على نفسه وماله ، وقد تثبت له على غيره ، فالشخص كامل الأهلية له سلطة في حق نفسه في الأمور التي تتعلق بشخصه ، والتي تتعلق بماله ، فجميع تصرفاته نافذة ما لم يترتب عليها ضرر بالغير كما في المدين والمريض مرض الموت ، وقد سبق تفصيل ذلك .

وهذه تسمى ولاية ذاتية أو قاصرة [1] .

---

(١) رجال القانون لا يسمون هذه ولاية، لأنهم يقصرون الولاية على صلاحية التصرف بالنسبة=

وقد تثبت له بالنسبة لشخص آخر ، وتسمى ولاية غير ذاتية أو متعدية .

وهي إما أن تكون ثابتة بإثبات الشارع ابتداء من غير إنابة من أحد ، كما في ولاية الأب والجد عند عدم الأب ، فإن الشارع أثبت لكل منهما ولاية على أولادهم بمجرد ولادتهم ، وتسمى هذه ولاية أصلية .

وقد تكون بإنابة شخص أو أشخاص ، كما في ولاية الوصي الذي أقامه الأب أو الجد أو القاضي ، فإن الوصي استمد ولايته ممن أنابه ، ولولا هذه الإنابة ما ثبتت له هذه السلطة ، ومثلها ولاية الوكيل فإنه استمدها من الموكل ، والامام والقاضي كل منهما نائب عن المسلمين ، يتصرف بحكم وكالته عنهم [1] .

ومن هذا نرى أن الولاية على الغير قد تكون ثابتة ابتداء من الشارع ، وقد تكون ثابتة بإنابة المالك نفسه ، وقد تكون بانابة غير المالك [2] .

فالولاية الذاتية أو القاصرة : هي التي تثبت للشخص كامل الأهلية على نفسه وماله .

= إلى الغير ، جاء في الوسيط للدكتور السنهوري : الأهلية الأداء هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق ، والولاية هي نفاذ الأعمال القانونية على مال الغير ، وفي موضع آخر : أهلية الاداء : صلاحية بالنسبة إلى مال الشخص نفسه ، والولاية صلاحية بالنسبة إلى مال الغير.

(١) ومن الفقهاء من جعل تصرفهما بحكم الولاية التي أثبتها الشارع لهما .

(٢) يقول الكاساني في بدائعه جـ ٣ ص ١٥٢ في بحث الولاية عند الكلام على شرائط البيع « الولاية في الأصل نوعان : نوع يثبت بتولية المالك ، ونوع يثبت شرعاً لا بتولية المالك أما الأول فهو ولاية الوكيل فينفذ تصرف الوكيل وإن لم يكن المحل مملوكاً لوجود الولاية المستفادة من الموكل . وأما الثاني فهو ولاية الأب والجد . أب الأب ، والوصي والقاضي . وهو نوعان أيضاً : ولاية النكاح ، وولاية غيره من التصرفات ، ثم أخذ في بيان وتوجيه كون ولاية وصي الأب والجد أصلية .

ومما ينبغي التنبيه عليه أن جعله ولاية الوصي مما ثبت شرعاً لا بتولية المالك لا ينافي أنها ولاية نيابية ، ولكنها ليست من المالك ، بل من الولي الأصلي وهو الاب أو الجد .

والمتعدية : هي التي تثبت للشخص على غـــيره بسبب أمر عارض جعله الشارع سبباً لثبوتها . وهي نوعان . أصلية ، ونيابية .

فالاصلية : هي ما ثبتت بسبب الأبوة. كولاية الأب والجد الصحيح . فانها تثبت بسبب ولادة الصغير ، ولم تأت بانابة غيرهما ولذلك تستمر حتى يزول سببها ، وهو الصغر وضعف العقل .

والنيابية :هي ما ثبتت باستمدادها من شخص لآخر . كولاية وصي الأب أو الجد أو القاضي ، وولاية الوكيل ، وكذلك الامام والقاضي ، فان ولايتهما مستمده من المسلمين فكلاهما يعتبر نائباً عنهم .

وبعد هذا تتنوع الولاية المتعدية إلى نوعين .

ولاية على النفس : وتكون في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه من تعليم وتأديب وختان وتطبيب وتزويج وما شاكل ذلك .

وولاية على المال : وتكون في التصرفات المتعلقة بالمال وتفصيل الكلام على النوعين في مقرر آخر ونكتفي هنا ببيان مبدأ ثبوت الولاية وشروطها إجمالا .

مبدأ ثبوت الولاية ولمن تكون ؟

والولاية تثبت على الأشخاص منذ ولادتهم وتستمر حتى يبلغوا الرشد ، أما الجنين فلا ولاية لأحد عليه ، فلو اشترى له شخص شيئاً ، أو وهب له شيئاً فلا يدخل في ملك الجنين حتى ولو ولد حياً ، وإنما تثبت له الحقوق التي فصلناها عند الكلام على أهلية الوجوب .

والقانون الوضعي في مصر أجاز تعيين وصي للحمل المستكن حينما صدر قانون

المجالس الحسبية في ١٣ أكتوبر سنه ١٩٢٥ ، وعلل واضعوا القانون ذلك بأن عدم تعيين وصي فيه ضرر بمصلحته لما يترتب على ذلك من ترك أمواله بلا حصر وإيجار وقبض وغير ذلك من الأمور الوقتية التي تقتضي السرعة .

ثم جاء قانون المحاكم الحسبية سنة ١٩٤٨ مقرراً له ، وأخيراً صدر المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال منظماً لذلك.

فالمادة — ٢٨ — منه تنص على : أنه يجوز للأب أن يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر أو للحمل المستكن ، ويشترط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية ، أو عرفية مصدق على توقيع الأب فيها ، أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه ويجوز له أن يعدل عن اختياره في أي وقت ، وتعرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها .

والمادة — ٢٩ — منه تنص على أنه : إذا لم يكن للقاصر أو للحمل المستكن وصي مختار تعين المحكمة وصياً ، ويبقى وصي الحمل المستكن وصياً على المولود ما لم تعين المحكمة غيره .

وكما تثبت الولاية على الصغير تثبت على المجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة كما جاء بالمادة — ٦٥ — من قانون الولاية [١] .

من تثبت له الولاية : تثبت الولاية بوجه عام للأب والجد والوصي من قبل الأب أو الجد والقاضي ، ووصيه على خلاف بين الفقهاء ليس هذا موضعه .

وقانون الولاية على المال ينص في مادته الأولى على أن الولاية للاب ثم للجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً للولاية على مال القاصر ، وعليه القيام بها ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة .

---

(١) ونصها : يحكم بالحجر على البالغ للمجنون أو للعته أو السفه أو الغفلة ولا يرفع الحجر إلا بحكم وتقيم المحكمةعلىمن يحجرعليه قيماً لادارة أمواله وفقاً للاحكام المقررة في هذا القانون.

وفي المادة — ٢٩ تعين المحكمة وصياً للقاصر إذا لم يكن وصي مختار .

شروط الولاية : يشترط في الولي أن يكون حراً عاقـلاً حتى يتحقق فيه أهلية الأداء فلا ولاية للعبد ، ولا للمجنون ولا للصغير ، لأنـه لا ولاية لهم على أنفسهم ، وفاقد الشيء لا يعطيه ، وكذلك يشترط اتحاد الدين بينه وبين المولى عليه ، فلا تثبت ولاية لغير المسلم على المسلم كما لا ولاية للمسلم على غير المسلم .

ومن الشروط . أن يكون قادراً على التصرفات التي تدخل في ولايته مع

أمانته ، لأن المقصود من الولاية تحقق مصلحة المولى عليه ، وهي لا تتحقق مع العجز وعدم الأمانة (١)

فاذا كان الولي مستوفيـاً الشروط ، ثم أصبح غير أمين وجب عزله ، وإن طرأ عليه العجز لا يعزل ، بل يضم إليه القاضي من يعينه ليكمل نقصه .

ويشترط في المولى فيه : ألا يكون من التصرفات الضارة بالمولى عليه ، لقوله تعالى : «ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن» ، وعلى هذا تكون تصرفاته النافعة نفعاً محضاً نافذة ، كقبول الهبة والوصية ، ومثلهـا التصرفات المحتملة للنفع والضرر ما لم يكن ضرراً ظاهراً ، وأما التصرفات الضـارة ضرراً محضاً فلا تنفذ على المولى عليه وذلك كالهبة من ماله ، أو الصدقة . أو الطلاق غير أنه إن أمكن تنفيذها على الولي نفسه نفذت وإلا كانت باطلة .

---

(١) وفي قانون الولاية على المال احتياط كبير لأجل المحافظة على أموال القاصرين فالمادة ٢٩ تنص على أنه : إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي أو لأي سبب آخر فللمحكمة أن تسلب ولايته أو تحد منها ،

كما حدد للولاية حدودها التي يتصرف الولي في إطارها . راجع على سبيل المثال المواد ٥، ٦، ١٢٠٧ وشرط في الوصي : أن يكون عدلاً كفؤاً ذا أهلية كاملة ومنع من تعيين أصناف سبعة أوصياء كما جاء بالمادة ٢٧ .

الوكالــة

معناها ، أركانها وشروطها ، محلها ، أنواعها ،
حكم العقد وحقوقه ولمن ترجع ، إنتهاء الوكالة .

الوكالة في لغة العرب تطلق على معان ، منهـا المراعاة والحفظ ،كما في قوله تعالى : « وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل » (1) ، ومنهـا التفويض والاعتماد ، كما في قوله : « إني توكلت على الله ربي وربكم (2) » .

والفقهاء يريدون بها المعنى الثاني (3) وهو التفويض والاعتماد ، ولكن بقيود تجعله أخص من المدلول اللغوي ، فتراهم يقولون في تعريفها .

إنها إقامة الشخص غيره مقام نفسه في تصرف مملوك لـــه معلوم قابل للنيابة (4) .

ومعنى هذا ، أن الانسان إذا أناب غيره ليقوم بدلـه بعمل من الأعمال التي

---

(1) آل عمران — ١٧٣

(2) هود — ٥٦ .

(3) وقد يريدون بها المعنى الأول فيما إذا قال شخص لآخر : وكلتك بمالي ، أو أنت وكيلي في كل شيء كان وكيلاً بالحفظ . راجع تبين الحقائق وحاشية الشلبي عليه ص ٢٥٤ ج ٤ .

(4) وقريب من هذا تعريف صاحب المنهاج من الشافعية : بأنهـا تفويض شخص لغيره فيما يفعله عنه حال حياته مما يقبل النيابة شرعاً » .

يملك إصدارها ويكون مما يقبل الانابة . كان فعله هذا تفويضاً لذلك الغير فيما أنابه ، واعتماداً عليه فيه ، كما إذا قلت لشخص : بع مالي نيابة عني ، وقبل ذلك كان هذا العمل توكيلا ، والعقد يسمى وكالة .

أما إذا كان التصرف غير مملوك له ، أو كان مملوكاً له ولكنه لا يقبل الانابة فإن هذا العمل لا يكون توكيلاً مشروعاً ، وسنوضح ما يقبل النيابة ، وما لا يقبلها عند الكلام على محل الوكالة .

هذا التصرف المسمى بالوكالة مشروع في الفقه الإسلامي من مبدأ الأمر ، يدل على ذلك ما في كتاب الله حكاية عن أصحاب الكهف : « فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه »[1].

وهذه الحكاية وإن كانت عن قوم سابقين إلا أنها لم تنكر في شريعتنا فتعتبر تشريعاً لنا ، على أنه جاء في سنة رسول الله ما يؤيد ذلك ويؤكده ، فلقد أثر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وكل من يقبل عنه الزواج ، كما وكل من يشتري له شاة

وتلك حوادث مشهورة ، وأشهر منها إنابته من يقوم بأعمال الدولة كجباية الزكاة وغيرها من ضروب الأموال .

ومن وراء ذلك إجماع الفقهاء المسلمين في كل العصور على شرعيتها لم يخالف في شرعيتها فقيه واحد منهم .

وليس من المعقول أن يهمل التشريع الاسلامي هذا الأمر الخطير الذي يتوقف عليه إلى حد كبير تحقيق مصالح الناس ، وقضاء حاجاتهم ، فكثير من الناس تتشعب أعمالهم بحيث يعجزون عن القيام بها كلها ، أو يكون في حالة

---

(١) الكهف - ١٩ .

يرى من الحرج القيام بعمل معين ، إما لأنه لا يليق بـــه إتيانه ، أو لأنه لا يحسنه .

ومن هذا يظهر لنا حكمة تشريع الوكالة واضحة جلية .

ومن تتبع تشريع هذا الأمر في القوانين الوضعية ، ومبلغ ما وصلت إليه بعد جهاد شاق طويل، وقارن بينه وبين تشريعه في الفقه الاسلامي وجد الفرق كبيراً ، فبينما نرى القوانين الوضعية تسير في هذا الطريق على حذر نجـد الفقه الاسلامي جاء به وافياً من أول الأمر .

وإن نظرة واحدة للضوابط التي وضعها الفقهاء له لكفيلة بتصديق هـــذه الدعوى .

يقول صاحب الهداية من الحنفية : كل عقد جـاز أن يعقده الانسان بنفسه جاز أن يؤكل غيره به » ويقول صاحب المغنى [١] من الحنـابلة . كل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يؤكل فيه رجلا أو امرأة حراً أو عبداً مسلماً كان أو كافراً » .

أركانها : الوكالة من العقود ذات الطرفين التي لا توجد إلا بإيجاب وقبول ، إيجاب يصدر من الموكل بأي عبارة تدل على الانابة ، أو ما يقوم مقامها مـــن كتابة أو إشارة ، وقبول يصدر من الوكيل سواء كان قولاً أو فعـــلا يعتبر قبولاً ضمناً ، فلو علم الوكيل بالوكالة وسكت ثم باشر التصرف الموكل فيه اعتبر ذلك قبولا ، كما لا يشترط هنا اتحاد مجلس الايجاب والقبول ، وقـــد سبقت

---

(١) ص ١٩ ج ٥ .

الاشارة إلى ذلك عند الكلام على مجلس العقد [1] .

ولما كانت الوكالة مشروعة لحاجة الناس إليها ، وحاجات النـــاس حسب الواقع مختلفة ، فقد يكون الشخص محتاجاً إليها في وقت مستقبل غير محتاج إليها الآن ، وقد يكون محتاجاً إليها في حاجة خاصة ، أو على اعتبار خـاص لذلك صحت منجزة ومعلقة ومضافة إلى زمن مستقبل ، فكما يصح أنت وكيلي في بيع كذا يصح وكلتك ببيعه أن سافرت خـارج البلد ، أو وكلتك من أول الشهر القادم .

وهذا مـــا ذهب إليه الحنفية والحنابلة ، والشافعية وإن خالفوا في جواز التعليق على القول الراجح عندهم إلا أنهم صححوا تصرف الوكيـل بعـــد هذا التوكيل المعلق لوجود الاذن [2] .

شروطها : لا بد لصحة الوكالة من توفر شروط لكنها موزعة بين الموكل والوكيل ، والموكل فيه .

---

(١) راجع تبيين الحقائق ص ٢٥٥ ج ٤ ، ونهاية المحتاج ص ٢١ جـ ٤ ، وفيـــه « ولا يشترط في وكالة بغير جعل القبول لفظاً ، بل الشرط ألا يرد ، ولا يشترط فور ولا مجلس إذ التوكيل رفع حجر وقيل يشترط » اهـ .

(٢) راجع البدائع ص ٢٠ ، ٢١ جـ ٥ ، وكشاف القناع ص ٢٣٢ جـ ٢ ، نهاية المحتاج ص ٢١ جـ ٤ وعبارته « ولا يصح تعليقها بشرط من صفة أو وقت على الأصح ، والقول الثاني إنها تصح ، وعلى الأول ينفذ تصرفه في ذلك عند وجود الشرط لوجود الإذن » ويقول ابن قدامة في المغنى ص ٨٥ جـ ٦ : ويجوز تعليق الوكالة على شرط ، نحو إذا جاء الحاج فبع هذا الطعام ، وإذا جاء الاضحى فاشتر لنا أضحية ، وإذا طلب منك أهلي شيئاً فأدفعه إليهم بهذا قـال أبو حنيفة ، وقال الشافعي لا يصح لكن إن تصرف صح تصرفه لوجود الإذن ، وإن كان وكيلا بجعل فسد المسمي وله أجر المثل ، لأنه عقد يملك به التصرف في الحياة فأشبه البيـع اهـ .

فيشترط في الموكل : أن يكون أهلاً للتصرف الذي وكل فيه ، فإذا كان التصرف يحتاج إلى كمال الأهلية لزم أن يكون الموكل كامل الأهلية ، وإن كان يكفي فيه الأهلية الناقصة صح التوكل من صاحبها ؛ وعلى هذا لا يصح التوكيل مطلقاً من فاقد الأهلية كالمجنون والصغير غير المميز ، ويصح من الصبي المميز ومن في حكمه في التصرفات النافعة نفعاً محضاً من غير توقف ، كما يصح توكيله في التصرفات المترددة بين النفع والضرر إذا كان مأذوناً له في التجارة ، أو أجازها الولي أو الوصى ، وتبطل في التصرفات الضارة ضرراً محضاً حتى ولو أجازها وليه .

وكذلك يصح التوكيل من المحجور عليه للسفه أو للغفلة فيما يباح له من التصرفات دون غيرها ، ويصح توكيل المرأة شخصاً لزوجها عند من أجاز لها أن تباشر عقد زواجها بنفسها ، ولا يصح هذا التوكيل منها عند من لم يجز لها مباشرة هذا العقد .

وإنما شرط هذا ، لأن الوكيل يستمد ولايته من الموكل ، فإذا لم يكن الموكل مالكاً للتصرف الذي يوكل فيه فلا يتصور تمليكه لغيره .

ويشترط في الوكيل : أن يكون له عبارة معتبرة ، بأن يكون مميزاً ويستوي في ذلك البالغ وغير البالغ والرجل والمرأة ، والحر والعبد، وعلى هذا يصح توكيل كامل الأهلية وناقصها كالصبي المميز ، ولا يختلفان إلا في أن حقوق العقد ترجع إلى الوكيل إذا كان كامل الأهلية ، وإذا كان ناقصها إلى الموكل ، وخالف الشافعية في توكيل ناقص الأهلية ، كالصبي المميز فاعتبروه غير صحيح بناء على أن الشرط في الوكيل عندهم ، أن يصح مباشرته التصرف الذي وكل فيه لنفسه ، والصبي لا اعتبار لعبارته إلا في بعض مسائل ليس التوكل منها [١] .

(١) من هذه التصرفات الإذن في دخول الدار وإيصال الهدية . راجع نهاية المحتاج ص ١٤ ج ٤ .

ويشترط في الموكل فيه « محل الوكالة » .

أولاً : أن يكون معلوما ، ولا تضر الجهالة اليسيرة ، لأنها لا تفضى إلى النزاع ، حيث إن الوكالة عقد غير لازم في أغلب صورها ، وهذا الشرط في الوكالة الخاصة ، وأما الوكالة العامة فتصح ولو كان الموكل به مجهولا .

ثانياً : أن يكون من التصرفات المباحة شرعاً ، فلا يجوز التوكيل في فعل محرم شرعاً كالتوكيل في الغصب أو الاعتداء على الغير .

ثالثاً : أي يكون مما يقبل النيابة ، وذلك لأن التصرفات منها ما هو منظور فيه إلى تحققه بصرف النظر عن فاعل خاص . مثل البيع والشراء والإجارة والهبة ، ورد الودائع والمغصوبات ، وقضاء الديون ، وما شابه ذلك ، ومنها ما هو منظور إليه من ناحية صدوره من شخص معين . مثل اليمين ، والشهادة والعقوبات .

ومن أجل ذلك كانت التصرفات في نظر الفقهاء بالنسبة لقبولها النيابة ثلاثة أنواع : نوع يقبلها بالاتفاق ، ونوع لا يقبلها كذلك اتفاقا ، ونوع ثالث كان مجالاً لاختلاف النظر ، فأجاز البعض النيابة فيه ومنعها الآخرون [١] .

ومن النوع الأخير استيفاء القصاص . فمن الفقهاء من أباح التوكيل به ، لأنه حق من حقوق الآدميين ، وتدعو الحاجة إلى التوكيل فيه ، لأن صاحبه قد لا يستطيع استيفاءه ، ومنهم من منع ذلك لأن الحدود تسقط بالشبهات ، وقد

---

(١) إذا أردت أن تقف على أوجه النظر المختلفة فارجع إلى بداية المجتهد لابن رشد ص ٢١٠ ج ٢ ، والمغنى لابن قدامة ص ٨٣ جـ٥ . والدر المختار مع حواشي ابن عابدين ج ٣ ص ٢١٣ وما بعدها . ومن الذين كتبوا في ذلك بتوسع الامام الشاطبي في موافقاته ج٢ ص ٢٢٧ وما بعدها . وكذلك القرافي في فروقه ج ٢ ص ٢٠٥ في الفرق بين =

أمر بدرئها والتوكيل يوصل إلى استيفائها ، ولأن الولى لو حضر ربما عفا [1].

أنواع الوكالة : والوكالة تكون خاصة ، وقد تكون عامة .

فالأولى : ما كانت إنابة في تصرف معين . كبيع سيارة معينة ، أو شراء شيء معين ، أو توكيل في قضية خاصة .

والثانية : ما كانت إنابة عامة لا فيتصرف خاص ، كأن يقول له : وكلتك عني في تصرفاتي كلها ، أو أنت وكيلي في كل شيء .

والأولى صحيحة باتفاق الفقهاء بشرط أن يكون الموكل فيه معلوماً ليس فيه جهالة فاحشة تؤدي إلى النزاع ، كما إذا وكله بشراء ثوب ولم يبين نوعه ولا صفاته فإنه يؤدي لا محالة إلى النزاع لو امتثل واشترى أي ثوب

=قاعدة ما تصح النيابة فيه وما لا يصح النيابة فيه . يقول : « هذا الفرق مبني على قاعدة وهي أن الأفعال قسمان : منهاما يشتمل فعله على مصلحة مع قطع النظر عن فاعله . كرد الودائع وقضاء الديون ورد المغصوبات وتفريق الزكوات والكفارات ولحوم الهدايا ونحوها ، فيصح في جميع ذلك النيابة إجماعاً ، لأن المقصود انتفاع أهلها بها ، وذلك حاصل ممن هي عليه لحصولها من نائبه ، ولذلك لم تشترط النيات في اكثرها . ومنها ما لا يتضمن مصلحة في نفسه ، بل بالنظر إلى فاعله كالصلاة فان مصلحتها الخشوع والخضوع وإجلال الرب سبحانه وتعالى ، وتعظيمه ، وذلك إنما يحصل من جهة فاعلها ، فإذا فعلها غير الإنسان فاتت المصلحة التي طلبها صاحب الشرع ولا توصف حينئذ بكونها مشروعة في حقه ؛ فلا تجوز النيابة فيها إجماعاً ومنها قسم متردد بين هذين القسمين فيختلف العلماء في أي الشائبتين تغلب عليه . كالحج فان مصالحه تأديب النفس بمفارقة الأوطان وتهذيبها بالخروج عن المعتاد من المخيط وغيره لتذكر المعاد والاندراج في الأكفان وتعظيم شعائر الله في تلك البقاع وإظهار الانقياد من العبد لما لا يعلم حقيقته كرمى الجمار والسعي بين الصفا والمروة والوقوف على بقعة خاصة دون بقية البقاع، فمن لاحظ هذا المعنى المعنى وهو مالك ومن وافقه قالوا : لا تجوز النيابه في الحج ، ومن لاحظ الفرق بين الحج والصلاة ، وأن الحج لا يعرى عن القربة المالية غالباً في الإنفاق في الأسفار قال تجوز النيابة في الحج قال : ومن النوع الأول اليمين فإن مصلحته الدلالة على صدق المدعى بحلف غيره اه.

(١) راجع تبيين الحقائق جـ٤ ص٢٥٥ ، والمغنى لابن قدامه ص ٨١ جـ٥ ، ونهاية المحتاج ص ١٩ جـ ٥ .

وأما الثانية فهي موضع خلاف بين الفقهاء ، فمنهم من اعتبرها صحيحة ، ويملك الوكيل كل تصرف يملكه الموكل [1] ، ومنهم من أبطلها لما فيها من الغرر والضرر حيث تشمل بعمومها هبة أمواله وطلاق نسائه .

ويذهب فريق ثالث إلى صحتها مع استثناء ما فيه ضرر بالموكل كالإسقاط والتبرع فلا يملكه الوكيل ، وهذا استحسان مقبول لاتنافيه قواعد الشريعة ، لأن الشخص قد يكون عاجزاً تام العجز عن إتيان أي عمل من أعماله فلو لم يبح له هذا النوع من الوكالة لأدى إلى الحرج حيث يحتاج إلى توكيل وكلاء عديدين ، أو يضطر إلى توكيل خاص لكل عمل من الأعمال ، وفيه من المشقة ما لا يخفى .

ومع ما لهذا الرأي من وجه ظاهر إلا أنه ينبغي أن يكون عموم الوكالة في نوع من التصرفات ، كأن يوكل محامياً عنه في جميع قضاياه ، أو يوكل شخصاً في جميع التصرفات المتعلقة بتجارته مثلاً . لأن الغرر الذي فيه يكون أقل مما في الوكالة العامة الشاملة لكل التصرفات ، فلا يحتاج إلى استثناء ، وهو مذهب الشافعية كما في نهاية المحتاج [2].

ونحن نميل إلى هذا الرأي ، لأنه وسط بين الرأيين محقق لمصالح الناس متفق مع ناموس الحياة الذي يتعقد يوما بعد يوم :

وتنقسم الوكالة إلى مقيدة ومطلقة

فالوكالة المقيدة : هي التي يرسم فيها الموكل لوكيله طريق التصرف ، كأن يقول له : وكلتك في بيع هذه الأرض بثمن حال قدره كذا ، أو مؤجل إلى

(١) ممن ذهب إلى هذا الرأي الحنابلة كما في المغنى جـ ٥ .

(٢) ص ١٩ جـ ٤ : إذا قال أنت وكيلي في كل شيء لا يصح للغرر الكثير ، أما لو قال له وكلتك في بيع أموالي ، أو وفاء ديوني فانه يصح .

شهر مثلاً ، أو مقسط إلى أقساط في مدة عام ، وفي هذا النوع يتقيد الوكيل بما قيده به الموكل ، فلو خالف فإن كانت المخالفة إلى خير نفذ التصرف ، كأن يبيع بألفين ما وكله ببيعه بألف وخمسمائة ، أو يبيع بثمن حال ما وكله ببيعه بثمن مؤجل .

أما إذا كانت المخالفة لا خير فيها [1] فإن التصرف يتوقف نفاذه على إجازة الموكل ، لأن الوكيل خرج بمخالفته عن وكالته : وأصبح فضولياً ، وهذا عند من يصحح تصرف الفضولي وهم الحنفية ، وسيأتي توضيح ذلك في بحث الفضولي .

أما **الوكالة المطلقة** : وهي التي لم يقيد الموكل الوكيل فيها بشيء ، كما إذا قال لآخر : وكلتك في إيجار هذه الأرض من غير أن يحدد له أجرة معينة ، ولا مدة معينة أو يقول له : وكلتك في بيع هذه السيارة دون تحديد ثمن لها ، ولم يتعرض لكون الثمن حالا أو مؤجلا على قسط واحد أو على أقساط .

وهذه الوكالة لا تقيد الوكيل بشيء إلا بما تعارفه الناس ؛ فإذا وكل شخص آخر ببيع داره وكالة مطلقة تقيد الوكيل بالمتعارف ، فليس له أن يبيع بغير النقد الغالب ، كما ليس له أن يبيع بغبن فاحش ، وهو ما لا يتساهل فيه الناس عادة ، ولا بثمن مؤجل إلا إذا جرى العرف في مثله بذلك ، وإذا وكله ببيعه مؤجلا من غير أن يحدد له الأجل تقيد بالأجل المتعارف في مثله ، فإن لم يكن فيه عرف تقيد بالأنفع للموكل :

---

(١) محل التوقف فيما إذا كان التصرف الصادر من هذا الفضولي لا يمكن تنفيذه على الفضولي كبيع مال الموكل وإجارته مثلا ، أما إذا وجد له نفاذاً عليه كالشراء من الغير والاستئجار منه فإنه لا يتوقف بل ينفذ عليه من حين تصرفه:

ومن ذهب إلى ذلك التقييد أبو يوسف ومحمد من الحنفية والإمام الشافعي [1] والحنابلة في أرجح الرأيين عندهم ، ولكن الإمام أبا حنفيـــة يرى رأيا آخر في الوكالة المطلقة ، فيجيز لذلك الوكيل أن يبيـع بأي ثمن ، وبأي نقد . حالا كان أو مؤجلا أو مقسطا ، حتى ولو كان بغبن فاحش ، لأن هذا هو ما يقتضيه الإطلاق ، ولو كان الموكل يقصد إلى شيء معين لقيده به في وكالته ، أما وأنـه لم يفعل فقد بقي المطلق على إطلاقه ، لأن الموكل قد يقصد التخلص من هذا المال بأي ثمن ، وعلى أي وجه .

وهذا كلام قد يكون حسناً في بعض الحالات لولا ما فيه من مخالفة لقاعدة العرف المشهورة « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » .

وبعد هذا فقد تكون الوكالة بغير أجر ، وهو أكثر صورهـا ، وقد تكون بأجر وفي هذه الحالة يكون الوكيل أجيراً ، والوكالة إجارة في المعنى .

والنوعان ثابتان من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم، فإنه وكل من يشتري له شاة بغير أجر ، ووكل عماله في جمع الصدقات وغيرها ، وجعل لهم أجراً على ذلك .

فإذا صدرت الوكالة مع التصريح بكونها بأجر أو بغير أجر نفذ ذلك ، وإن صدرت من غير تعرض لكونها بأجر أو بغير أجر حكم العرف، فإن كان موضوع الوكالة مما تعارف الناس دفع الأجر عليه ، كما في توكيل المحامين للدفاع ، أو

---

(١) راجع نهاية المحتاج جـ ٤ وفيه « وليس للموكل أن يبيع لنفسه ولا لمن في ولايته كابنه الصغير أو المجنون وله أن يبيع لأبيه وابنه الذي ليس في ولايته وسائر فروعه . وأما أبوحنيفة فيمنع الوكيل من البيع لأحد فروعه أو أصوله ولو كان بلا غبن لوجود تهمة المحاباة ، ولكن صاحبيه يجوزان له التعامل مع الأصول والفروع وكل من لا تقبل شهادته له اذا كان خالياً من الغبن .

توكيل السماسرة في البيع والشراء لزم الأجر ، ويقدر بأجر المثل وإن لم يكن فيه عرف بأحدهما كانت مجاناً حملاً للمتنازع فيه على الأعم الأغلب .

علاقة الوكيل بالموكل . ومن هنا تختلف علاقة الوكيل بالموكل حسب نوع الوكالة ، فإذا كانت الوكالة بأجر كانت العلاقة بينهما كالعلاقة بين الأجير والمؤجر فيلزم كل منهما بمقتضى العقد ، ولا يستبد أحدهما بفسخه من غير رضا الآخر إلا إذا وجد سبب موجب للفسخ ، وعلى هذا يلزم الوكيل بالمضي في العمل ، وليس له أن يتخلى عنه بدون عذر يبيح له ذلك .

وإذا كانت مجاناً كان الوكيل متبرعاً بالقيام بهذا العمل ، فلا يلزم المضي في ذلك العمل ، بل له أن يتخلى عنه في أي وقت شاء ، ولا يملك الموكل إلزامه بالمضي فيه ، وهذا ما ذهب إليه الحنفية .

والشافعية لا يفرقون بينهما ، فالوكالة بنوعيها غير لازمة كما صرح به صاحب نهاية المحتاج [1] .

هل يملك الوكيل أن يوكل غيره ؟ : يذهب الحنفية في هذا الموضوع إلى أن للوكيل أن يوكل غيره في حالتين :

الاولى : إذا أذن له الموكل صراحة . سواء أكانت الوكالة خاصة أم عامة . مطلقة كانت أو مقيدة .

الثانية : إذا فوضه في التصرف . كأن يقول له : اعمل برأيك كيف شئت فإذا وكل كان الوكيل الثاني وكيلاً عن الموكل لا عن الوكيل الذي وكله ، وفي

---

(١) ص ٣٨ وما بعدها ج ٤ وعبارته : « الوكالة ولو بجعل جائزة أي غير لازمة من الجانبين » .

غير هاتين الحالتين لا يملك الوكيل توكيل غيره .

والشافعية [١] هنا يذهبون إلى أن الوكيل ليس له أن يوكل غيره من غير إذن ما دام يمكنه أن يفعل ما وكل فيه ، وإن لم يمكنه فعله لكثرة ما وكل فيه ، أو لكونه لا يليق به أن يفعله جاز له حينئذ التوكيل ، ولكنه يوكل عن الموكل لا عن نفسه إلا إذا أذن له في التوكيل عن نفسه ، فإن الوكيل الثاني يكون وكيلاً عن الوكيل الأول ، فينعزل بعزل الأول أو بموته بخلاف الصورة الأولى فإنه لا ينعزل بعزله ولا بموته .

ومما تجب ملاحظته هنا : أنه في كل موضع يجوز للوكيل أن يوكل فيه غيره لا يصح له أن يوكل إلا الأمين القادر على مباشرة ما وكل فيه ، لأن ذلك هو مقتضى النظر للموكل [٢] .

تعدد الوكلاء : للشخص أن يوكل أكثر من واحد لينوبوا عنه في القيام بما يحتاج إليه من تصرفات :

فإذا وكل كلا منهم في عمل معين ملك كل واحد ما وكل فيه فقط ، وإذا وكلهم في عمل معين بعقد واحد ، فلا يجوز لواحد أن ينفرد به دون الآخرين إلا إذا صرح لهم بذلك عند التوكيل ، أو كان التصرف الموكل فيه لا يمكن اجتماعهم عليه في وقت واحد ، أو كان ذلك التصرف لا يحتاج إلى رأي وتشاور كرد الوديعة إلى صاحبها ، وكذلك إذا كان عند التوكيل أفرد لكل واحد وكالة خاصة ، بأن وكل كلا منهم على الانفراد لأن التوكيل بهذه الصورة يعطي كل واحد الحق كاملا .

---

(١) والحنابلة يوافقون الشافعية في الجملة راجع المغني ص ٩٨ ج ٥ :
(٢) راجع المرجع السابق .

وفي كل موضع يجوز فيه الانفراد تنتهي وكالة الباقين بتصرف أي واحد من الوكلاء .

حكم العقد وحقوقه بين الموكل والوكيل : يراد هنا بحكم العقد الغرض المقصود من شرعيته والأثر المترتب عليه . كملك المبيع للمشتري والثمن للبائع في عقد البيع ، وملك المتعة في عقد الزواج وملك الأجرة للمؤجر ، والمنفعة للمستأجر في عقد الإجارة، وملك المنفعة بدون عوض للمستعير في عقد الإعارة.

وأما حقوق العقد : فهي التزامات ومطالبات يقتضيها العقد لها اتصال بحكمه فتقرره وتمكن العاقدين من الاستفادة به على وجه سليم . كحق البائع في المطالبة بالثمن ، وضمانه سلامة المبيع من العيوب بحيث لو ظهر فيه عيب قديم وجب عليه قبوله من المشتري عند رده،والتزامه برد الثمن عنداستحقاق المبيع وكحق المشتري في المطالبة بتسليم المبيع بعد أداء الثمن وثبوت حق الخيار عند رؤيته للمبيع ، وحق رده إذا ظهر به عيب قديم .

هذا هو الفرق بين حكم العقد وحقوقه ، ولكي تعرف إلى من ترجع هذه الحقوق وتلك الأحكام ، وآراء الفقهاء في ذلك ينبغي أن تعرف أولاً :

أن من العقود نوعاً لا يقع عن الموكل إلا إذا أضافه الوكيل إليه ، كما إذا وكل شخص آخر في أن يزوجه أو وكله في أن يقترض له مبلغاً من المال أو يستعير له شيئاً أو يقبل عنه الهبة من شخص آخر ، فهذه لا بد للوكيل من أن يضيفها إلى موكله ليثبت الحكم له، فإذا أضافها إلى نفسه ثبت حكمها للوكيل لا للموكل .

ومنها نوع لا يلزم فيه أن يضيفه الوكيل إلى موكله ، بل يقع الحكم للموكل سواء أضافه الوكيل إليه ، أو أضافه إلى نفسه ، وذلك كعقود المعاوضات المالية ، كالبيع والشراء والإجارة وما شاكلها .

ففي النوع الأول ترجع أحكام العقد وحقوقه إلى الموكل بلا خلاف، وليس للوكيل فيه إلا أداء العبارة ، فهو سفير ومعبر عن الموكل فقط ومهمته سفارة ، وليست وكالة حقيقة .

فإذا قال الوكيل بالتزويج للمرأة: زوجي نفسك لموكلي فلان تم العقد وثبت حكم العقد للموكل وأصبح مطالباً بحقوقه ، فالمرأة تطالبه بالمهر . وليس لها أن تطالب الوكيل ، لأن مهمته انتهت بانتهاء العبارة المنشئة للعقد .

ومثل هذا النوع في ذلك العقود التي لا يتصور أن يضيفها الوكيل إلى نفسه كما إذا كان وكيلا عن المراة في الزواج ، أو وكيلا عنها في الطلاق على مال أو في الخلع .

وفي النوع الثاني يرجع حكم العقد إلى الموكل بلا خلاف سواء أضافه الوكيل إلى الموكل أو أضافه إلى نفسه . فيستوي قوله : اشتريت هـذه السيارة بألف وقوله اشتريتها لفلان ، لأن العقد إنما عقد من أجله .

وأما حقوق العقد فقد اختلف الفقهاء في رجوعها إلى الموكل أو الوكيل .

فالحنابلة يذهبون إلى أنها ترجع إلى الموكل .

يقول ابن قدامة في هذا الموضـع [1] : « ولا نسلم أن حقوق العقد تتعلق بالوكيل ، وإنما تتعلق بالموكل وهي تسليم الثمن ، وقبض المبيع والرد بالعيب وضمان الدرك » .

وفي موضع آخر يقول : « وثمن ما اشتراه الوكيل إذا كان مؤجلا فإنه يثبت في ذمة الموكل أصلا ، وفي ذمة الوكيل تبعاً كالضامن ، وللبائع مطالبة من شاء منهما » .

(١) المغني ج ٥ ص ١٣١ .

والحنفية يقولون برجوعها إلى الوكيل لأنه هو الذي تولى إصدار العقد ، فالطرف الآخر في العقد لا يعرف غيره ، ولكنه مع ذلك منفذ لإرادة الموكل ، فيجب ملاحظة الأمرين ، وهذا لا يكون إلا بجعل حكم العقد . المقصود الأصلي منه راجعاً إلى الموكل ، وجعل حقوقه التي تعتبر بمثابة لوازم للحكم راجعة إلى الوكيل ، وإنما جعلوا المقصود الأصلي – وهو الحكم – راجعاً إلى الموكل ، وما عداه راجعاً إلى الوكيل ، لأن الولاية الأصلية للموكل والوكيل استفاد ولايته على إنشاء العقد منه .

ثم إن رجوع الحقوق إلى الوكيل عندهم مقيد بشرطين

أحدهما : أن يكون من أهل الضمان ، فإن لم يكن كذلك بأن كان محجوراً عليه رجعت الحقوق إلى الموكل سواء أضاف الوكيل العقد إلى نفسه أو أضافه إلى الموكل ، لأن الوكيل هنا ليس أهلاً لرجوع الحقوق إليه ، لأن الوكالة ضمان وكفالة وهو ليس من أهلها .

وثانيهما : أن يضيف العقد إلى نفسه ، فلو أضافه إلى الموكل ، كأن يقول اشتريت لفلان « الموكل » كذا رجعت الحقوق إلى الموكل ، لأن الوكيل هنا سفير فقط .

والحنفية يحكون في كتبهم خلافاً للشافعية في هذا الموضوع ، ويدعون أنهم يقولون برجوع الحقوق إلى الموكل ، ولكن المذكور في كتب الشافعية خلاف ذلك ، فهي تصرح بأن ما سماه فقهاء الحنفية حقوق العقد ، مثل المطالبة بالثمن ، أو تسليم المبيع ، وضمانه إذا كان مستحقاً للغير ، وما شابه ذلك ترجع إلى الوكيل لا إلى الموكل[1] .

---

(١) راجع نهاية المحتاج ص ٣٧ وما بعدها جـ ٤ ، وفيها « واحكام العقد تتعلق بالوكيل =

وربما كان للشافعية قول آخر هو الذي حكاه الحنفية عنهم .

انتهاء الوكالة : تنتهي الوكالة بواحد من أمور :

١ – إذا قام الوكيل بما وكل به في الوكالة الخاصة . كأن يوكل شخص آخر في استئجار دار له ففعل ذلك .

٢ – خروج العين الموكل بالتصرف فيها عن أن تكون محلا له ، كما إذا وكله بأن يزوجه امرأة معينة فماتت ، أو وكله في شراء سيارة بذاتها فاحترقت.

٣ – إذا خرج الوكيل عن أهليته بأن جن جنوناً مطبقاً ، وهو ما يستمر شهراً كاملاً على الرأي الراجح المعمول به ، لأن صحة الوكالة موقوفة على كونه أهلاً للتصرفات ، فإذا زالت هذه الأهلية بطلت الوكالة ، وكانت تصرفاته كلها لاغية .

٤ – إذا باشر الموكل العمل الذي وكل فيه قبل مباشرة الوكيل له ، كأن يوكله في شراء شيء معين ، ثم يقوم بشرائه بنفسه ، لأنه بعد تصرفه أصبحت الوكالة لا موضع لها فتبطل .

٥ – إذا مات الموكل أو خرج عن أهليته للتصرف الذي وكل فيه ، لأن ولاية الوكيل مستمدة من ولاية الموكل . فإذا زال الأصل زال التبع ،وبطلان الوكالة هنا يبدأ من وقت موت الموكل ، أو خروجه عن أهليته ، فكل تصرف للوكيل بعد هذا الوقت لا اعتبار له .

دون الموكل ، فيعتبر في الرؤية ولزوم العقد بمفارقة المجلس ، والتقابض في المجلس حيث يشترط كالربوى والسلم الوكيل ، لأنه العاقد دون الموكل ، إلى أن قال : وإذا اشترى الوكيل طالبه البائع بالثمن إن كان دفعه إليه الموكل وإلا فلا يطالبه .

فمثلاً إذا وكل شخص آخر في أن يهب شيئاً معيناً من ماله لفلان ، وقبل أن يقوم الوكيل بهذا العمل حجر على الموكل للسفه ، فإن التوكيل يبطل من وقت الحجر ، لأن الحجر مانع من التبرعات ، وبطلان الوكالة بهذا السبب لا يتوقف على علم الوكيل بما حصل للموكل ، ولكن يشترط : ألا يكون هذا التوكيل قد تعلق به حق لغير الموكل فإذا كان كذلك لم ينعزل الوكيل إلا إذا رضى صاحب الحق .

٦ – إذا تنازل الوكيل عن التوكيل فإنه ينعزل عن الوكالة ، ولكن يشرط علم الموكل بهذا التنازل لئلا يلحقه ضرر بهذا التنازل ، وهو التغرير بــه ، كما يشترط عدم تعلق حق لغير الموكل بهذه الوكالة ، لئلا يلحق صاحب الحق ضرر بهذا التنازل ، وحينئذ لا تنتهي وكالته إلا إذا رضى صاحب الحق بذلك .

٧ – إذا عزله الموكل من الوكالة ، فإنه ينعزل لعدم لزومها بشرطين أيضاً .

أحدهما : علمه بهذا العزل لئلا يلحقه ضرر بإبطال ولايتــه فيما إذا تصرف تصرفاً يعود عليه بالضمان .

ثانيهما : ألا يتعلق بهذه الوكالة حق لغير الموكل ، كما إذا وكل الراهن شخصاً ببيع الرهن وسداد الدين منه إذا حل أجله ، فإن هذا التوكيل تعلق بــه حق للمرتهن وهو الدائن ، فإذا عزل الراهن الوكيل بالبيع فإنه لا ينعزل إلا برضـا الدائن صاحب الحق ، وكما لو أراد المدين السفر فطلب دائنه من الحاكم منعه من السفر ، أو يوكل وكيلاً عنه ليخاصمه وقت الحاجة فوكل وكيلاً بالخصومة إجابة لطلبه وسافر ، فليس له أن يعزل الوكيل إلا إذا رضى الدائن بذلك .

الفضولي

التعريف به . موقف الفقهاء من شرعية تصرفاته . عقوده بين الإجازة والرد. أثر الإجازة فيه . شروط صحة الإجازة

الفضولي في لغة العرب . هو من يشتغل بما لا يعنيه أو بما ليس له وعمله هذا يسمى فضالة ، والشرعيون يريدون بكل من اللفظين معنى يقرب من المعنى اللغوي .

فالفضولي عندهم : هو من يتصرف في شئون غيره من غير أن يكون له ولاية إصدار هذا التصرف ، فالذي يبيع مال غيره أو يؤجره أو يطلق زوجته من غير أن يكون له ولاية شرعية عليه . أو وكالة صادرة منه يكون فضولياً وتصرفه هذا فضالة .

هذا التصرف اختلف الفقهاء فيه على قولين :

أحدهما . أنه مشروع ، ويقع صحيحاً متى كان المتصرف أهلا للتصرفات والمحل يقبل ذلك التصرف في ذاته ، ولكنه لا يكون نافذاً من حين صدوره بل يتوقف على إجازة صاحب الشأن ، وهو من صدر التصرف لأجله . فإن

أجازه نفذ ، وإن رده بطل .

وإلى هذا الرأي ذهب الحنفية والمالكية ، وهو إحدى الروايتين عند الحنابلة [1] .

ثانيهما : إنه غير مشروع ، ويقع باطلاً من أول الأمر ، ولا يغير من هذا رضا صاحب الشأن به بإجازته له ، لأن الإجازة إنما تؤثر في عقد موجود .

وهذا العقد لا وجود له ، لأنه ولد ميتاً فلا تحييه الإجازة ، وإذا رغب صاحب الشأن فيه فعليه أن ينشىء عقداً آخر من جديد .

وإلى هذا ذهب الإمام الشافعي في مذهبه الجديد ، والحنابلة في أرجح الروايتين عندهم [1] .

استدل اصحاب الرأي الثاني : أولا : بأن تصرف الفضولي تصرف فيما لا يملكه ، وقد ورد النهي عنه ، والنهي يفيد عدم مشروعية المنهى عنه عندهم ،

---

(١) راجع البدائع ص ١٤٨ وما بعدها ج ٤ وفتح القدير ص ٣٠٩ ج ٦ وبداية المجتهد ص ١٥٠ ج ٢ - وفيها يقول : بيع الفضولي اختلفوا فيه هل ينعقد أولاً ، وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط إن رضي به صاحب المال أمضى البيع وإن لم يرض فسخ وكذلك في شراء الرجل للرجل بغير إذنه على أنه إن رضي المشتري صح الشراء ، وإلا لم يصح فمنعه الشافعي وأجازه مالك في الوجهين . ثم ساق الأدلة – والفروق للقرافي ص ٢٢٦ وما بعدها ج ٣ في الفرق - ١٨٣ - وفيه يقول : فإن للفضولي عندنا أهلية التصرف وتصرفه حرام وللمالك عندنا أهلية التصرف وتصرفه حرام وللمالك عندنا إمضاء ذلك التصرف من غير تجديد عقد آخر لينفذ ذلك التصرف فدل على أن العقد المتقدم قابل للاعتبار .

(٢) راجع كشاف القناع ص ١١ وما بعدها ج ٢ ونهاية المحتاج ص ٢٣ وما بعدها ج ٣

ورد ذلك في أحاديث ، منها . ما رواه ابن ماجه [٢] بسنده إلى حكيم بن حزام قال : قلت : يا رسول الله الرجل يسألني البيع وليس عندي أفأ بيعه ؟ قال « لا تبع ما ليس عندك » .

فهذا الحديث يمنع من بيع ما ليس عند الإنسان ، أي ما ليس مملوكاً له : وهل الفضولي يفعل غير ذلك ؟ وإذا كان هذا الحديث وارداً في البيع ، فيلحق به غيره من التصرفات بطريق القياس .

ثانياً : بأن العقد لا يوجد شرعاً إلا إذا كان عاقد له ولاية إصداره . إما بكونه يتصرف في خالص حقه ، أو بكونه نائباً عن غيره ،فالولاية كالأهلية فكما لا يوجد العقد من فاقد الأهلية لا يوجد من فاقد الولاية ، ولو كان كامل الأهلية في نفسه . لأن الانعقاد معناه الارتباط بين كلامي العاقدين بحيث تترتب عليه آثاره شرعاً ، وأنه يحمل في طيه تعهد كل منهما بتمكين الآخر من أحكام العقد كاملة والفضولي لا يمكنه ذلك .

ولتوقف صحة العقد عندهم على الولاية قالوا : إن عقود الصبي المميز ، ومن في حكمه كلها باطلة .

وأما الذاهبون إلى شرعيته فيستدلون على منهبهم

أولاً : بما ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى أحد أصحابه ،وهو عروة البارقي ديناراً ، وقال له : اشتر لنا من هذا الجلب شاة » قال : فاشتريت شاتين بدينار ، وبعت إحدى الشاتين بدينار ، وجئت بالشاة والدينار، فقلت يا رسول

---

(١) جـ ٢ صـ ١٦ بشرح السندي وهي أوضح في الدلالة على المطلوب من رواية الترمذي التي نقلناها في الطبعة السابقة .

الله : هذه شاتكم وهذا ديناركم فقال : « اللهم بارك له في صفقة يمينه » .

ففي هذه الحادثة لم يكن عروة موكلاً إلا بشراء شاة واحـــدة ، فشراؤه الثانية وبيعه لها كان من غير توكيل ، وهذا بعينه هو عمـل الفضولي ، وإقرار رسول الله له على هذا الوجه دليل على مشروعيته ، وأنه ينفذ على صاحب الشأن متى أجازه .

ثانياً : بأن التصرفات ما شرعت إلا لتحقيق مصلحة ، وهذا التصرف إن لم يكن فيه مصلحة فلا ضرر فيه ، لأن الظاهر أن هذا الفضولي ما أقدم على ذلك إلا لمصلحة عاجلة قد تفوت على من كان التصرف له ، والمفروض أنـــه عاقل ، والحكمة تقتضي عدم إهدار كلام العقـــلاء ، ففي القول بصحة تصرفه مراعاة للجانبين ، أما جانب الفضولي فبانعقاد عقده ،وعدم إهدار عبارته ،وأما الجانب الآخر فبالحكم بأنه موقوف على إجازته ، فإن رآه في مصلحته أقره ، وإن وجده غير ذلك ألغاه ولا حرج عليه .

ثم قالوا إن حـديث حكيم بن حزام لا يـدل على إبطال تصرف الفضولي لأنه وارد في تصرف الإنسان لنفسه ، فلو باع الشخص شيئاً ليس عنده ، ربما لا يجده ، فيعجز عن تسليمه ، وحينئذ يكون قد غرر بصاحبه .

وإذا صح عقد الفضولي فإنه يكون موقوفاً على إجازة صاحب الشأن ، إن أجازه نفذ وإن لم يجزه بطل ، ولكن هذا الحكم ليس مطلقاً ، بل هـــو مقيد بشرطين :

الأول : أن يكون لهذا العقد مجيز [1] وقت إنشائه ، فإن لم يكن له مجيز

---

(١) المجيز هو من جعل الشارع له حق تقرير وإمضاء ذلك التصرف أو رفضه .

في هذا الوقت فلا تفيد فيه الإجازة كما إذا باع مال الصغير بغبن فاحش، أو وهب ماله أو طلق زوجته ، فإن هذه التصرفات تقع غير صحيحة من أول الأمر لأنه لا مجيز لها عند إنشائها ، أما الصبي فلأنه ليس أهلاً لها ، وأما وليه فلأنه مقيد بما فيه مصلحة الغير وهذه تصرفات ضارة به .

أما إذا كان البيع بمثل القيمة أو بأكثر منها، وكان للصبي ولي له حق الإجازة فتوقف العقد على إجازته ، وكذلك إن كان البيع لمال العاقل الرشيد .

الثاني : ألا يمكن تنفيذ هذا العقد الفضولي عند رفض صاحب الشأن له كما إذا باع مال غيره أو آجره سواء أضاف العقد إلى صاحب المال ، أم لم يضفه إليه ، وكذلك إذا اشترى أو استأجر ، وأضاف العقد إلى الشخص الذي يعقد له ، كأن يقول : اشتريت هذا الشيء لفلان أو استأجرته له ، فإنه في هذه الصور لا يمكن تنفيذ العقد على الفضولي ، وعلى هذا يكون موقوفاً على إجازة من يعمل له الفضولي إن أجازه نفذ عليه ، وإن لم يجزه بطل .

وأما إذا كان يمكن تنفيذ العقد على الفضولي عند عدم إجازته فإنه لا يبطل بل إن أجازه من عقد لأجله نفذ عليه ، وإن رده نفذ على الفضولي ، لأن الأصل أن الإنسان يعقد لنفسه إلا إذا وجد ما يصرفه عن هذا الأصل ، كما أن الأصل الاحتياط في التصرفات بالعمل على تصحيحها بقدر الإمكان .

وهذا كما إذا اشترى شيئاً أو استأجره ولم يضف العقد إلى من يعمل له فإنه في هذه الحالة يمكن اعتباره مشترياً أو مستأجراً لنفسه ، لأن العاقد الآخر لا يعرف شخصاً غيره فيلزم به أمامه .

ويلاحظ هنا أن النفاذ يكون من وقت الإجازة في العقود التي يصح تعليقها بالشرط كالكفالة والحوالة والوكالة والطلاق ، لأن هذا العقد يكون معلقاً

في المعنى على الإجازة فيصير كالملق حقيقة ، فيقتصر على وقت تحقق الشرط .

وأما العقود التي لا تقبل التعليق بالشرط ، كعقود المعاوضات فإنها تنفذ من وقت إنشائها ، لأن آثارها لا تتراخى عنها فتثبت من حين وجودها .

والعقود التي يتوقف تمامها على شيء آخر غير الصيغة كالهبة — فإنها لا تتم إلا بالقبض — تنفذ من وقت تسليم الموهوب ، ويظهر أثر ذلك في زوائد المعقود عليه فإنها في البيع وأمثاله تكون مملوكة للمشتري ، لأنها زوائد ملكه .

أثر الاجازة في الفضولي : وكما أن الإجازة تؤثر في العقد بالنفاذ ، وترتب آثاره عليه بعد أن كان موقوفاً كذلك تؤثر في نفس الفضولي ، فتجعله وكيلا من قبل إنشاء العقد ، وكأن المجيز قد وكله به قبل مباشرته ، ولذلك يقرر الفقهاء : « إن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة » ويترتب على هذه الوكالة الجديدة ما يترتب على الوكالة السابقة على التصرف ، وقد تقدم بيان ذلك . وآثار العقد وأحكامه تترتب من وقت نفاذ العقد على التفصيل السابق .

شروط صحة الاجازة : يشترط لصحة الإجازة الشروط الآتية :

١ — **أن تكون ممن له ولاية إنشاء هذا العقد** ، كالولي أو الوصي ، فلا تصح من القاضي مع وجود الولي أو الوصي .

٢ — **أن تصدر حال بقاء محل العقد** كي يظهر أثر العقد فيه عند الإجازة ، فلو أجاز العقد بعد هلاك محله ، فلا يظهر أثر لهذه الاجازة .

٣ — **أن تكون في حياة من تعاقد مع الفضولي** ، كي يظهر أثرها في حقه ، فلو باع الفضولي مال غيره لشخص وقبل إجازة مالك المال مات المشتري ، فإن

الإجازة التي تصدر من مالك المال لا يكون لها أثر . لعدم وجود الطرف الآخر في العقد .

٤ -- أن تصدر حال حياة الفضولي ، لأنه سينقلب بها وكيلا ، وهذا الشرط في العقود التي ترجع حقوقها إلى الوكيل كالمعاوضات ، وأما في العقود التي لا ترجع حقوقها إليه فلا تتوقف صحة الإجازة على حياته ، لأنه لا صفة له في العقد بعد العبارة .

فلو زوج امرأة لرجل من غير توكيل منها ، وأجازت المرأة العقد، فإنه ينفذ الزواج وتترتب عليه آثاره سواء أكان الفضولي حيا أو ميتاً . بخلاف مالو باع مال غيره وأجاز مالك المال هذا البيع ، فإن إجازته لا تكون صحيحة إلا إذا كان الفضولي حياً ، لأن حقوق العقد سترجع إليه ، فيطالب بتسليم المبيع ويطالب بالثمن .

فالفرق بين النوعين ٠ أن الإجازة إذا نقلته إلى مرتبة السفير ، فإن مهمته تكون قد انتهت من حين العقد فلا حاجة إلى حياته ، وإذا نقلته إلى مرتبة الوكيل فان مهمة الوكيل لم تنته بعد فيحتاج إلى حياته ، فاشترط بقاؤه .

عقد الفضولي بالنسبة لطرفيه : عرفنا أن عقد الفضولي غير لازم بالنسبة لمن عقد لأجله ، فله الحق في إمضائه أو ابطاله ، وكذلك بالنسبة للعاقد الثاني الذي تولى العقد مع الفضولي فله الحق في فسخه قبل إجازة الطرف الآخر المعقود له ، لأنه عقد لم يتم ، بل صدر منه موقوفاً على رضا الآخر ، وهو لم يوجد بعد .

وأما الفضولي . فله حق الفسخ أيضاً قبل الإجازة ، ولكن في العقود التي ترجع حقوقها إليه لو أصبح وكيلا بالإجازة مثل عقود المعاوضات المالية، وليس

له الحق في العقود التي يكون فيها سفير ومعبر فقط كالزواج .

وسبب هذه التفرقة أن الإجازة في النوع الأول يترتب عليها إلزامه بحقوق العقد وقد يلحقه ضرر من ذلك ، فتفادياً من لحوق الضرر أبيح له فسخ هذه العقود بخلاف النوع الثاني ، لأنه لا يلتزم بشيء بعد الإجازة ، بل حقوق العقد ترجع إلى صاحب الشأن فيه فلا ضرر يلحقه من نفاذه .

فلو زوج فضولي امرأه لشخص من غير أن توكله فإنه لا يملك فسخ العقد قبل إجازة المرأة .

الفضولي في نظر القانون : أما التشريع الوضعي فقد عرض لأحكام الفضالة والفضولي في عشر مواد من القانون المدني الجديد . من المادة ١٨٨ - ١٩٧ .

فالمادة - ١٨٨ - تقول : الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك .

والمواد التي بعدها تتكلم عن أحكامها التي منها . أن إقرار رب العمل ما قام به الفضولي يجعل الفضولي وكيلا ، والفضالة وكالة ، وأن رب العمل إذا نهى الفضولي عن التدخل في شئونه لا يكون فضولياً ، وأن الفضولي ملزم بالمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه وأن الفضولي يجب عليه أن يبذل عنايته في القيام بهذا العمل ، ويكون مسئولا عن خطئه . وغير ذلك من الأحكام

والذي يؤخذ من ذلك بوجه عام أن القانون جعل للفضالة مرتبة لا تقل في نظره عن مرتبة الوكالة ، حتى أن الشراح توسعوا في شرح أحكامها .

فالدكتور السنهوري في وسيطه [1] يعقد لها مبحثاً طويلا يقول في أوله :

---

(١) راجع ص ١٣٠ وما بعدها .

وأركان الفضالة ثلاثة :

١ — أن يقوم الفضولي بشأن عاجل لشخص آخر ، وهو الركن المادي .

٢ — أن يقصد من قيامه بهذا الشأن العاجل مصلحة رب العمل ، وهذا هو الركن المعنوي .

٣ — ألا يكون إزاء هذا الشأن العاجل ملتزماً به ولا موكلا فيه ولا منهياً عنه ، وهذا الركن يمكن أن يطلق عليه الركن القانوني .

٥ ـ حكم العقد وتقسيماته

حكم العقد كلمة تختلف اطلاقاتها في نظر الشرعيين. فمرة يريدون منها ماللعقد من آثار تترتب عليه شرعاً . كما في قولهم : حكم عقد البيع ثبوت ملكية المبيع للمشتري وملكية الثمن للبائع ، وحكم الاجارة أنها تفيد ملك المنفعة للمستأجر وملك الأجرة للمؤجر ، وحكم عقد الزواج . إفادته ملك المتعة لكل من الزوجين بالآخر ، وحكم الرهن . حبس المرهون عند المرتهن حتى يستوفي دينه والاعارة تفيد ملك المستعير الانتفاع بالعارية مجاناً لا في نظير عوض وهكذا بقية العقود .

وأحياناً يريدون بحكم العقد ماله من صفات ثابتة له نتيجة شرعيته ، أو عدم شرعيته ، كقولهم : هذا عقد صحيح أو باطل ، أو نتيجة ما للعقد المشروع من قوة تقتضي ترتب آثاره عليه في الحال ، أو لا يقتضي ذلك ، فيقال : هذا عقد نافذ ، وذاك عقد موقوف ، أو ماله من قوة ملزمة لكلا العاقدين أو لأحدهما ، أو غير ملزمة لواحد منهما . كما يقال : عقد الزواج عقد لازم للطرفين بعد تمامه لا يملك أحدهما فسخه ، وأن البيع الخالي من شرط الخيار لازم للمتبايعين لا يملك أحدهما فسخه بدون رضا الآخر .

وأن عقد الرهن لازم من جانب الراهن دون المرتهن ، على معنى أن للمرتهن فسخه متى أراد ، وليس للراهن ذلك ، وأن عقد الاعارة غير لازم لواحد من المتعاقدين ، فللمعير أن يرجع في إعارته ، ويسترد الشيء المعار في أي وقت يريد كما أن للمستعير أن يفعل ذلك متى شاء .

تقسيمات العقد

ينقسم العقد عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة ، وإليك بعض هذه التقسيمات :

التقسيم الاول : باعتبـــار الشارع له وترتب آثاره عليه وعدم ذلك ينقسم العقد بهذا الاعتبار إلى صحيح وغير صحيح .

وهذا التقسم متفق عليه بين الفقهـاء ، فقد اتفقت كلمتهم على أن من العقود عقوداً يقرها الشارع ويرتب عليها آثارها ، وهي العقود التي سلمت أركانهـــا وأوصافها من الخلل ، ولم يرد من الشارع منع لها ، وتسمى صحيحة ومنها عقود أخرى تخالف سابقتها في حكمها ، وهي العقود التي أصابهـا خلل في ركن من أركانها ، أو وصف من أوصافها ، وورد من الشارع نهى عنهـا . وهذه تسمى بالعقود غير الصحيحة بالاتفاق ، ولكنهم اختلفوا فيها . أتعتبر كلها في درجة واحدة ، وتأخذ حكماً واحداً ، أم تتفاوت درجاتها ؟ .

فالحنفية يذهبون إلى أن العقد غير الصحيح يتنوع إلى نوعين : فاسد وباطل حسب تنوع موضع الخلـل فيه ، فإن كان في ركن من أركانه كان باطلا ، وإن كان في وصف من أوصافه سمي فاسداً .

وذهب غير الحنفية إلى أن العقد غير الصحيح لا يتنوع ، بل هو نوع واحد يسمى فاسداً أو باطلا على حـد سواء .

وهذا الخلاف يرجع إلى أنه وردت نصوص بالنهي عن بعض العقود . منهـا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الغرر » كما نهى عن بيع فضل

الماء ، إلا ما حمل منه ، ونهى عن بيـــع الميتة والخمر والخنزير ، كما نهى عن بيعتين في بيعة وغير ذلك من النصوص .

والناظر في هذه الأحاديث يجد النهي في بعضها راجعاً إلى ما في أحد الأركان من الخلل ، كما في النهي بيـــع الخمر والخنزير والسمك في المـاء فإن هذه الأشياء ليست من الأموال المتقومة ، وفي بعضها الآخـــر يجده راجعاً إلى وصف ملازم للعقد . كما في النهي عن بيع الغرر ، أو بيعتين في بيعة .

ومن هنا اختلف الفقهاء في أثر هذا النهي .

فذهب الجمهور إلى أن النهي مطلقاً يقتضي عــدم وجود العقد شرعا . سواء كان راجعاً إلى أصل العقد « أركانه ومحله » ، أو راجعـاً إلى وصف ملازم له ، فالعقد الذي اختل فيه شرط من شروطه أو وصف من أوصافه يتساوى مـع العقد الذي اختل فيه ركن من أركانه ، فإذا ما وقع عقد من هذا النوع وقــع باطلاً لا يترتب عليه أي أثر من الآثار ، لأن نهي الشارع عنه يجعله غير مشروع والنهي الوارد لأجل الوصف يتعداه إلى الموصوف .

وخالف الحنفية في هذا ، وقالوا : إن النهى إن كان راجعاً إلى أصل العقد بأن كان الخلل في العقد ، أو في المحل أو في الصيغة اقتضى بطلان العقد ، فلم يكن له وجود شرعاً ، ولا يترتب عليه أثر من الآثار ، وإن كان النهى لوصف ملازم له اقتضى ذلك بطلان هذا الوصف فقط ، ولا يتعدى البطلان إلى أصل العقد ، لأنه صدر من أهله في محله ، فيكون العقد فاسداً .

فالعقد الفاسد موجود وصحيـح بأصله ، والنهى مسلط على الوصف فقط ، فلو جود الأصل تترتب عليه بعض آثاره ، فيثبت الملك إذا قبض كل من المتعاقدين ما تعاقد عليه بإذن الآخر ، وللنهى عنه كان هذا الملك غير طيب ، ويجب على

المتعاقدين فسخه فإن فعلاً ذلك فيها ، وإلا وجب على القاضي فسخه ، وعلى هذا تعرف هذه الأنواع عندهم بما يلي .

العقد الصحيح : هو ما كان صالحاً لترتب الآثار عليه ، أو ـ كما يقولون ـ ما كان مشروعاً بأصله ووصفه . يعنون بذلك أنه سليم من الخلل في أركانه وأوصافه ، ويتحقق فيه ذلك إذا صدر ممن هو أهل للتعاقد ، وهو المميز ، وكان محله قابلا لحكم العقد شرعاً ، ولم يرد من الشارع نهى عنه يجعله معيباً.

فمتى تحققت في العقد مقوماته ، وتوفرت له شروطه كان سبباً صالحاً لترتب آثاره الشرعية عليه ، ووسم حينئذ بأنه عقد سليم ، أما إذا وقع خلل في أحد الأمرين كأن كان أحد العاقدين ، أو كلاهما فاقد الأهلية ، أو كانا ممن كملت أهليتهم ، ولكن كلاميهما لم يتلاقيا على شيء واحد ، أو تلاقيا ولكن محل العقد غير صالح لحكمه ، كما إذا وقع البيع على غير مال كالميتة . أو على مال غير متقوم كالمباح ، أو على مال متقوم ولكن الثمن ليس بمال متقوم ، كبيع المسلم بالخمر ، أو كان المبيع مجهولا جهالة تؤدي إلى النزاع مثل بيع ثوب من غير بيان نوعه ووصفه .

ففي هذه الصور وما شابهها يكون العقد غير صحيح ؛ إما لعدم وجود عقد أصلا أو وجوده معيباً .

والعقد الباطل : هو ما كان مختلا ، والخلل راجع إلى أمر أساسي فيه ، كأن يكون أحد المتعاقدين فاقد الأهلية كالمجنون أو الصبي غير المميز ، أو تكون الصيغة غير سليمة ، أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد ، والخلل بهذه الصورة مانع من انعقاد العقد ، فالباطل غير منعقد ، ولا وجود له شرعاً .

ولذلك يقولون في تعريفه : هو مالم يشرع بأصله ولا بوصفه ، على معنى أن

الشارع لا يعتبره موجوداً وإن كانت صورته موجودة في الخارج محسوسة فلا يترتب عليه أي أثر من الآثار المقررة للمقد الصحيح [1] .

والعقد الفاسد : هو ما كان مختلا والخلل راجع إلى وصف من أوصافه اللازمة ، وهذا الخلل لا يمنع انعقاده ، لأن الصيغة صدرت ممن هو أهل لها ، والمحل قابل لحكمها شرعاً ، ولكن صاحب ذلك وصف منهى عنه ، ، كما إذا تبايع عاقلان مالاً متقوماً بثمن مؤجل إلى أجل مجهول يؤدي إلى النزاع ، أو جعلا الثمن خمراً ، أو باع أحدهما مالا غير معين. كثوب أو سيارة مثلاً أو باع بقرة على أنها حامل ، وهكذا كل عقد فيه جهالة تفضى إلى النزاع الذي لا يمكن فصله ، أو فيه غرر اي تغرير بأمر موهوم غير موثوق به .

ومن هذا نرى أن العقد الفاسد وسط بين الصحيح والباطل ، فهو يشبه الأول من جهة سلامة مقوماته وانعقاده ، ويشبه الثاني من ناحية ما فيه من خلل ، وأن الشارع نهى عنه .

ولذلك أثبتوا له أمرين .

الاول : أنه يترتب عليه آثاره في بعض صوره إذا اتصل به القبض ، فالمشتري شراء فاسداً إذا قبض المبيع بإذن بائعه ، أو في مجلس العقد ملكه نظراً لأصل انعقاده .

الثاني : أنه مطلوب فسخه من المتعاقدين ، أو من القاضي إذا علم بذلك نظراً لما فيه من الفساد والنهى عنه ، ولكن وجوب الفسح يثبت بشرطين .

---

(١) يستثنى من ذلك عقد الزواج الباطل إذا أعقبه دخول فانه يترتب عليه بعض آثار العقد الصحيح ، وهو وجوب المهر ، لأن الدخول بالمرأة لا يخلو شرعاً من حد أو مهر . ووجوب العدة من وقت المفارقة ؛ وثبوت نسب ما يجيء منه من أولاد . وهذا الاستثناء عند بعض فقهاء الحنفية الذين لم يفرقوا في الزواج بين الفاسد منه والباطل .

أحدهما : بقاء المعقود عليه على ما كان عليه قبل القبض ، فلو تغير شكله بأن كان غزلاً فنسجه المشتري بعد قبضه ، او كان قمحاً فطحنه او دقيقاً فخبزه أو هلك او استهلك ، فإنه يمتنع الرد وإن كان الاثم باقياً .

ثانيهما : عدم تعلق حق للغير به ، فلو باعه المشتري لأخر بيعاً صحيحاً أو وهبه ؛ او تصدق به وقبضه الموهوب له ، أو المتصدق عليه ، أو وقفه أو رهنه امتنع عليه الرد في هذه الصور وأمثالها [1] .

ومما ينبغي ملاحظته هنا أن تقسيم العقد غير الصحيح إلى فاسد وباطل عند الحنفية لا يسري على جميع العقود ، بل في طائفة منها فقط ، وهي العقود الناقلة الملكية . أو العقود المالية التي توجب التزامات متقابلة من المتعاقدين ، كالبيع والإجارة والهبة والقرض والرهن والحوالة والشركة والمزارعة والمساقاة والقسمة ،

---

(١) ومرتبة الفساد في العقود لا نظير لها في القوانين الوضعية ، لأنها جعلت للعقود ثلاث مراتب . الصحة وهي تقابل الصحة في الفقه الإسلامي على اختلاف في بعض التفاصيل ، والبطلان المطلق وهو بعينه البطلان في الفقه الإسلامي .

والبطلان النسبي وهو في بعض صوره من قبيل العقد الموقوف ، وفي بعضها الآخر من قبيل العقد غير اللازم في الفقه الاسلامي ، لأن العقد الباطل بطلاناً نسبياً يبقى صحيحاً إلى أن يقضي القاضي بإبطاله بناء على طلب الشخص الذي لم يكن رضاه بالعقد تاماً ، كمن دلس عليه في البيع مثلاً.

وهذا العقد كما أنه قابل للابطال من أحد الطرفين الذي وقع عليه الضرر قابل للأجازة منه أيضاً ، فاذا أجازه ولو كانت الاجازة ضمنية سقط حقه في الابطال ، وليس للقاضي أن يبطله من تلقاء نفسه من غير طلب صاحبه .

ومن هنا يتبين أن تسميته بالباطل تسمية متساهل فيها على الأقل إن لم تكن غير صحيحة .

وأما العقد الفاسد في الفقه الاسلامي فهو غير صحيح ولا يترتب عليه أثر إلا في بعض صور قليلة ـ كما بيناه ـ ويجب على كل من المتعاقدين فسخه ، وكذلك يجب على القاضي فسخه بمجرد علمه من غير طلب من أحد المتعاقدين ، ولا يملك أحدهما إجازته ، وإذا ثبت حكمه في بعض الصور يثبت بالقيمة لا بالثمن المسمى في العقد .

وأما العقود غير المالية ، كالوكالة والوصاية والزواج على رأي ، والعقود المالية التي ليس فيها التزامات متقابلة كالإعارة والإيداع ، ومثلها العبادات ، والتصرفات المنفردة ، كالطلاق والوقف والكفالة والإقرار وما شاكلها . كل هذه لا فرق فيها بين الفاسد والباطل .

وأما الجمهور الذين قسموا العقد إلى صحيح وغير صحيح « فاسد أو باطل على حد سواء » فعرفوا العقد الصحيح . بأنه ما كان مستوفياً لأركانه وشرائطه بحيث تترتب عليه آثاره الشرعية بمجرد تمامه .
وغير الصحيح ما ليس كذلك ،

وعلى هذا تكون عقود الصبي المميز والفضولي والسفيه فيما حجر عليه فيه غير صحيحة ، لأن العقد لا تترتب عليه آثاره إلا إذا كان صادراً ممن له ولاية إصداره ، وهؤلاء لا ولاية لهم على إنشاء تلك العقود ، فتقع عقودهم غير صحيحة ، فلا تنفع إجازة الولي أو الوصي .

وقد قدمنا في بحث الفضولي ، أن المالكية يقولون بصحة عقده ، وأنه موقوف على إجازة صاحب الشأن فيه ، وحينئذ يكون معنى الصحيح عندهم قريباً من معناه عند الحنفية ، وهو كونه سبباً صالحاً لترتب آثاره عليه ولا يفترقان إلا في أن دائرة الصلاحية عند الحنفية أوسع منها عند المالكية .

هذا هو حكم العقد المنهى عنه لأمر أساسي فيه أو لوصف لازم له ، فإن كان النهي لوصف غير لازم ، وهو ما يعبر عنه بالأمر المجاور للمنهى عنده ، فبعض الفقهاء يرى أنه يقتضي عدم المشروعية ؛ ويكون غير صحيح نظراً لظاهر النهى ، والجمهور منهم يذهبون إلى أنه صحيح فيه كراهة فقط لأجل النهى ، وأمثلة ذلك كثيرة .

منها البيع وقت الأذان يوم الجمعة للآية « يأيها الذين آمنوا إذا نودي،

للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع » ، فإن هذه الآية تأمرنا بترك البيع وقت النداء في هذا اليوم ، وهذا النهي ليس لذات البيع. ولا لوصف لازم له ، ولكن لأمر يصاحبه ، وهو أن الاشتغال به قد يؤدي الى ترك اجابة النداء ، وليس بلازم ، لأنه قد يبيع ولا يترك الإجابة ، كما اذا تبايعا وهما ذاهبان الى الصلاة ، وقد يترك الإجابة من غير أن يشتغل بالبيع .

ومن ذلك « النجش » ، وهو أن يساوم الشخص في السلعة بالزيادة في ثمنها أمام الغير متظاهراً بأنه يشتري لكي يغرر بذلك الغير ، فالتغرير ليس لازماً لهذه المساومة ، بل قد يوجد معها . وقد لا يوجد فيما إذا لم يتم الشراء مثلاً .

ومنه « تلقى الجلب » وهو أن يبادر بعض التجار لتلقي الجالبين للتجارة فيشتري ما معهم ، ثم يبيع لأهل البلدة حسبما يحلو له ، وبالسعر الذي يريده وهذا مكروه ، لأنه قد يلبس السعر على الجالبين ، فيشتري بسعر أرخص،وقد يضر بأهل البلدة ، لأنه نوع من الاحتكار ، ولذلك لم يكن مكروهاً في كل صوره ، بل فيما إذا ألحق الضرر بغيره .

اقسام العقد الصحيح : قدمنا أن العقد الصحيح هو ما كان سبباً صالحاً لترتب الآثار عليه . بأن يكون صادراً من أهله في محل صالح لحكمه، وسالماً من الخلل في أركانه وأوصافه عند فريق من الفقهاء ، وعند آخرين : هو ما سلم من العيوب وترتبت عليه آثاره ، فعند الفريق الأول ينقسم إلى نافذ وموقوف .

فالنافذ : هو ما صدر عن شخص يتمتع بالأهلية ، وله ولاية إصداره سواء كانت هذه الولاية أصلية أو نيابية ، كالعقد الذي يعقده العاقل الرشيد لنفسه في ماله ، أو يعقده الوصي أو الولي للقاصر ، أو يعقده من وكله غير توكيلاً صحيحاً .

وحكم هذا العقد . أنه تترتب عليه آثاره من غير توقف على إجازة أحد سواء كان ترتيب الآثار عليه فور صدوره ، كما في العقد المنجز ، أو بعد فترة من الزمن ، كما في العقد المضاف إلى زمن مستقبل ،فإنه نافذ تترتب عليه آثاره. عند مجيء الوقت الذي أضيف إليه .

الموقوف : هو ما يصدر من شخص له أهلية التعاقد من غير أن يكون له ولاية إصداره : كالعقد الذي يصدر من الفضولي ، أو من الصبي المميز ومن في حكمه إذا كان من العقود التي لا بد فيها من رأي وليه أو وصية .

وحكم هذا العقد أنه لا تترتب عليه آثاره إلا إذا أجازه من يملك إصداره إجازة صحيحة ، فان لم توجد هذه الإجازة بطل العقد ، وكأنه لم يكن .

وهذا التقسيم متفق عليه بين الحنفية والمالكية لما عرفت أنهم يصححون عقد الفضولي ، وإن كانت دائرة الموقوف عند الحنفية أوسع منها عند المالكية .

وأما الشافعية ومن وافقهم فلا يكون العقد الصحيح عندهم إلا نافذاً ؛ لأنهم جعلوا من شروط انعقاده ، أن يكون للعاقد ولاية إنشائه وإصداره ، فليس عندهم عقد صحيح موقوف .

أقسام العقد النافذ . ثم إن العقد النافذ ينقسم إلى عقد لازم ، وآخر غير لازم .

فالعقد اللازم : هو العقد الصحيح النافذ الذي لا يملك أحد المتعاقدين فسخه وإبطاله والتحلل منه

وهذا النوع منه ما هو لازم لطرفيه ،ولا يقبل الفسخ بحال من الأحوال حتى

ولو اتفق المتعاقدان على ذلك ، لأن طبيعته تقتضي هذا اللزوم ولا تقبل الفسخ كالخلع والطلاق على مال ، فان المرأة تدفع المال للزوج نظير تخليصها ، فاذا تم الخلع أو الطلاق في نظير المال لا يملك أحد من المتعاقدين أن يفسخ هـذا العقد ويرفعه ، ولا يملك المتعاقدان أن يفعلا ذلك باتفاقهما ، ومثلها في ذلـك عقـد الزواج ، فانه بعد تمامه تترتب آثاره عليه ، ويلزم كلا من الزوجين،فلا يملكان الاتفاق على فسخه ورفعه ، لأن معنى فسخ العقد رفعه من أساسه كأن لم يكن ، فلا يبقى من آثاره شيء كما في إقالة البيـع ؛ وما يملكه الزوج من الطلاق لا يعتبر فسخاً للعقد ، بل هو إنهاء له فقط . بدليل بقاء بعض آثار الزواج مـن وجوب النفقة ولزوم المهر .

وهذا إذا حملنا لفظة الفسخ في التعريف على معناها المتبادر منها ، وهـو إلغاء العقد ورفعه من أساسه ، أما إذا توسعنا في معناها وجعلناها أعم من هذا ومن إنهاء العقد فإن عقد الزواج لا يكون من هـــذا النوع الذي لا يقبل الفسخ .

ومن اللازم نوع يقبل الفسخ إذا اتفق المتعاقدان على ذلك، كعقود المعاوضات من البيـع والإجارة والمساقاة والصلح .

وهذا النوع يكون لازماً بمجرد تمام العقد عند من لا يقول بخيـار المجلس من الفقهاء ، ولا يكون لازماً إلا بعد انتهاء المجلس ، أو التخيير من أحـــد المتعاقدين والاختيار من الآخر عند من يقول بخيار المجلس ، وقـــد سبق تفصيل هذا .

والعقد غير اللازم : أو الجائز — كما يعبر عنـــه بعض الفقهاء — هو ما يستطيع كل واحد من طرفيه أو أحدهما فقط أن يتحلل منه ويفسخه بدون توقف على رضا الآخر .

ومن هذا التعريف نجد أن عدم اللزوم قد يكون من الجانبين وقد يكون من جانب واحد .

فالأول : كالإيداع ، فإن كلا من المودِع والمودَع له كامل الحرية في فسخ هذا العقد وإبطاله سواء رضي الآخر أو لم يرض.

والإعارة . فانه يصح للمعير أن يرجع في إعارته ، ويسترد الشيء المعار ، سواء كانت مؤقتة بمدة أولاً ، وإن كان يلزمه ضمان ما قد يلحق المستعير من الضرر في العارية المؤقتة بوقت إذا ما رجع قبل انتهاء المدة . كما أنه يجوز المستعير أن يتنازل عن حقه في الانتفاع ويرد العارية .

والهبة فإن الواهب له الحق في الرجوع في هبته ما لم يوجد مانع من الرجوع كما هو مفصل في كتب الفقه ، وكذلك للموهوب له أن يرد الشيء الموهوب للواهب ويبطل هذا العقد .

والوكالة كذلك لما سبق بيانه إلا إذا كانت بأجر ، فإنها تكون إجارة وهي من العقود اللازمة .

وفي الشركة لكل من الشريكين أن يفسخ عقد الشركة متى شاء سواء رضي الآخر أو لا ، ولكن العقد لا يفسخ إلا من تاريخ علم الشريك الآخر، وإنما كانت الشركة غير لا زمة ، لأنها في واقع الأمر وكالة ، لأن كل واحد من الشريكين قد وكل الآخر في التصرف عنه فيما يملك من التصرفات .

وكذلك الوصية ، فإنها في حياة الموصى غير لا زمة ، فله أن يرجع عنها متى شاء ، وللموصى أن يردها ويبطلها بعد وفاة الموصي .

والنوع الثاني : وهو ما يكون فيه عدم اللزوم من جانب واحد بمعنى أنه

لازم في حق أحد المتعاقدين دون الآخر ، كالرهن ، فإنه بعد تمامه لازم في حق الراهن ، فليس له أن يفسخه إلا برضى المرتهن . وليس بلازم في حق المرتهن فله أن يفسخه في أي وقت شاء سواء رضي الراهن أو لم يرض .

والكفالة فإنها لازمة بالنسبة للكفيل ، وليست لازمة للمكفول له .

التقسيم الثاني – تنقسم إلى عقود مسماة وغير مسماة

تمهيد : العقود مشروعة لتحقيق مصالح الناس ، فهي تتبع حاجاتهم ، فكلما دعت حاجة إلى إنشاء عقد من العقود فعلوه .

والملاحظ أن كل التشريعات سواء كانت سماوية أو وضعية عند وضعها لنظم التعامل بين الناس تعني بها تعارفوه وتقره متى كان صالحاً ، وتلغى ما لا يتفق مع غايتها المقصودة ثم تضع لكل نوع إسماً خاصاً يعرف به تمييزاً له عما سواه ، وهذه العقود تعرف في الاصطلاح القانوني ، بالعقود المسماة ، أو بالعقود العينية .

ولكن حاجات الناس المتجددة التي لا تنتهي عند حد قد تدعو إلى عقد من العقود لم يرد في التشريع ذكر صريح له ، فيفعله الناس بدافع الحاجة ، وهنا يصطلح له على اسم خاص .

من ذلك عقد الاستصناع ، وهو التعاقد على صنع شيء معين ، فقد استمر زمناً غير يسير متردداً بين البيع والإجارة ، لأن فيه بيعاً لأصل الشيء ، وفيه إجارة على صنعه وإعداده ، حتى اصطلح الفقهاء على تسميته بالاستصناع

ومثله في هذا بيع الوفاء ، فقد كان حائراً بين البيع والرهن ، لأنه بيع صورة ورهن في المعنى .

ومن ذلك التحكير ، وهو إجارة الوقف مدة طويلة من الزمن بدفع مبلغ يقارب قيمة الوقف ليبني عليه ، وينتفع به مدة طويلة غير معروفة في الإجارة المعتادة ، ثم يدفع بعد ذلك أجرة ضئيلة تشبه ما يسمى في العرف الحديث « بالإيجار الإسمي » ويترتب على هذا العقد وراثة هذا الحق ، ومثله لا يكون في الإجارة .

وموقف الفقهاء إزاء هذه العقود الجديدة بعد وضع الأسماء لها هو تخريج أحكامها على ضوء النصوص الشرعية ، والقواعد العامة ، ولذلك نجد هذا النوع مثار خلاف غالباً .

بعد هذا التمهيد نقول : إن العقود تنقسم إلى نوعين عقود مسماة وعقود غير مسماة .

فالنوع الاول : هو ما وضع له اسم خاص ، وتكفل التشريع ببيان أحكامه كالبيع والإقالة والإجارة ، والرهن ، والكفالة والحوالة والهبة ، والإعارة والقرض والشركة ، والمضاربة ، والمزارعة ، والمساقاة ، والقسمة ، والوكالة ، والصلح ، والمخارجة ، والنكاح ،والوصية والإيصاء .

على أن من هذه العقود ما يتنوع إلى أنواع ، كالبيع فإن منه السلم والصرف والمقايضة ، والبيع المعروف .

النوع الثاني : وهو العقود التي ليس لها اسم خاص ، وهي غير منحصرة ولا تقف عند حد ، ولكنها إذا اصطلح لها على اسم خاص انتقلت إلى قسم العقود المسماة كما قلنا في الاستصناع ، وبيع الوفاء والتحكير وبيع الاستجرار وهو الذي يعرف اليوم « بالحساب الجاري » .

هذا والفقه الإسلامي لم يقف جامداً إزاء التعامل في حلقة العقود المسماة بل

ورد في مصدره الأول الأمر العام بالوفاء بالعقود « يأيهـــا الذين آمنوا أوفوا بالعقود » .

ولقد أقر الفقهاء كثيراً من العقود التي لم يرد بها نص خاص ، ولكنهم كانوا مقيدين بما يتفق ومبادىء الشريعة ، فما جاء من هذه العقود مخالفاً للنصوص أو أو القواعد الشرعية منعوه وحكموا عليه بالإبطال .

وهنا نلفت النظر إلىما يثيره بعض الناس من حين لآخر تجاه الفقه الإسلامي فهم يرمونه بالجمود ، وعدم تطوره مع الزمن ، وحجتهم في ذلك . أنـه وقف جامداً أمام ما يتجدد من عقود ومعاملات لا غنى للناس عنها ، ويعنون بذلك العقود الربوية التي أقرتها القوانين الحديثة ، وتعامل بها الناس .

ونحن إزاء هذه الفرية الظالمة نقول لهم : لم يكن الفقه جامـداً في يوم من الأيام ، ولا وقف حجر عثرة في سبيل التقدم ، وكيف ينسب إليه ذلك مع أنه أقر كثيراً من تلك العقود الجديدة التي لم تكن في العهد الأول حين نزول القرآن وكونه رفض نوعاً أو أنواعاً من هذه العقود ، لم يرفضها لمجرد الرفض . أو لأنه يأبى كل جديد بل رفضها لأنها تخالف مبادئه العامة . وقواعده الكلية وهو في ذلك لم يأت بدعاً ، بل شأنه في ذلـك شأن القوانين الوضعية ، فهي لا تقر كل ما يحدثه الناس من عقود على الاطلاق ، بل قيدت ذلك بعدم مخالفتها للقوانين ، أو النظام العام

وإليك ما يقوله الدكتور السنهوري في هذا الموضع .

والعقد المسمى : هو ما خصصه القانون باسم معين ، وتولى تنظيمه لشيوعه بين الناس في تعاملهم ، والعقد غير المسمى : وهو ما لم يخصه القانون باسم معين ولم يتول تنظيمه ، فيخضع في تكوينه وفي الآ ثار التي تترتب عليه للقواعد العامة التي تقررت لجميـع العقود . شأنه في ذلك شأن العقد المسمى ، ولكنه لما كان

أقل شيوعاً لم يفصل المشرع أحكامه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، وذلك مثل عقد النشر ، وعقد التوريد ؛ وعقد البواب ، وعقد النزول في الفندق وعقد الاعلان وغير ذلك .

والعقود غير المسماة تصبح عقوداً مسماة حينما تشتهر ويصبح الناس في حاجة ملحة لها فتنظمها القوانين ، ولا تزال العقود تتجدد في كل يوم .

ثم قال : إن العقد غير المسمى يدل بوجه خاص على أن القانون المكتوب يسير وراء الحقائق الواقعة ، ولا يتقدم عليها ، بمعنى أن النظم القانونية إنما ترجع في أصولها الأولى ليس الى هوى الفقهاء والمشرعين . بل الى ما يبتدعه أولوا المصلحة وما يسيرون عليه من تنظيم علاقاتهم بعضهم ببعض حتى لينبغي أن نقول : ان هذه النظم القانونية تستمد أحكامها من العادة قبل أن تمتد اليها يد التشريع .

الى أن قال : ان العقد غير المسمى هو أوكد الدلائل على أن الحياة القانونية لم تصب في قوالب جامدة لا تقبل التغيير ، وأنها على الضد من ذلك في حركة دائمة ، وتطور مستمر حتى من الناحية الفنية ، فمن ثنايا عقد البيع خرج عقد التوريد ، ومن عقد القرض اشتق عقد فتح الاعتماد ، وعقد الخصم وكلما ازداد نمو الحياة الاقتصادية وجدت صور جديدة من العقود .

ومع اعتبار كل القوانين للعقود غير المسماة إلا أنها خاضعة للأحكام العامة في العقود ، ولذلك يقول المشرعون : إن الأفراد أحرار في أن ينشئوا من العقود ما يشاؤون بشرط عدم مخالفة القانون أو النظام العام

بعد أن عرفنا موقف الفقه الإسلامي إزاء العقود غير المسماة، وأنه لا يختلف – في جملته – عن موقف القوانين الوضعية . يحسن أن نشير إلى مذاهب الفقهاء في هذا الموضوع فنقول :

إن الفقهاء المسلمين — مع اتفاقهم على أن العقود غير المساة لا تقبل إلا إذا وافقت الأصول الشرعية — مختلفون في مدى حرية العاقدين في إنشاء هذه العقود .

فبينما نجد فريقاً — كالظاهرية — لا يعترفون بأي عقد إلا إذا جاء فيه بخصوصه دليل من نص أو إجماع ، لانحصار الأدلة عندهم في هذين ، إذ بنا نجد فريقاً آخر على العكس من ذلك كالحنابلة — يذهب إلى إباحة كل عقد ما لم يرد بخصوصه نص يمنعه ؛ أو يخالف القواعد العامة القطيعة ، وهذا المذهب يبيح لكل عاقد أن ينشىء من العقود ما يشاء غير مقيد إلا بقيد واحد ، وهو أن يكون بعيداً عن معارضة كتاب الله ، وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم .

وبين هذين الرأيين نرى جمهور الفقهاء يذهبون مذهباً وسطاً ،وهو أن العاقد له الحرية في إنشاء العقود الجديدة ، ولكن في نطاق الأدلة المعروفة . القياس والعرف ، والمصالح المرسلة وغيرها من الأدلة التي يستند إليها بعد النص والإجماع ، والمذاهب مختلفة تبعاً لاختلافهم في العمل بهذه الأدلة .

ونحن إذا ما أمعنا النظر في هذين المذهبين ، مذهب الجمهور ، ومذهب الحنابلة لا نجد بينهما فرقاً كبيراً ، بل تكاد تنحصر دائرة الخلاف بينهما في دائرة ضيقة ،لأن العرف والمصالح المرسلة يعمل بهما فيما لم يوجد فيه نص مخالف فيكون الخلاف بين المذهبين في العقود التي فيها مصالح فردية ، فإنها تصح عند الحنابلة ولا تصح عند الجمهور لعدم العرف ، ولعدم توفر شرط العمل بالمصالح وهو العموم ، لكن إذا وجد فيها قياس صحت ، ولعلها لا تعدم قياساً .

ونحن لا يعنينا هنا تفصيل هذه المذاهب وذكر أدلتها ومناقشتها ، بل نقولها كلمة مجملة : وهي أن ما استند إليه فقهاء الظاهرية من الأدلة على المنع لا يثبت مدعاهم فضلاً عن أنها تبطل ما ذهب إليه مخالفوهم ،فحديث «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد » الذي يعتبر أساس استدلالهم يفيد أن كل عقد يخالف

الأدلة الشرعية غير صحيح ، والأدلة لم تنحصر في النص والإجماع . بل هناك أدلة أخرى عمل بها المجتهدون بعد عصر النبوة ، كالمصالح والعرف والقياس ويبقى بعد ذلك نصوص في كتاب الله وسنة رسوله توجب الوفاء بالعقود كقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً » ، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » يؤكد ذلك .

وأي فرق بين مبدأ الشروط ، ومبدأ العقود ؟ لا فرق بينهما ، لأن كلا منهما ينشىء التزاماً لم يكن موجوداً قبله .

وعلى هذا يكون الرأي الراجح رأي جمهور الفقهاء ، وهو أن كل عقد جديد يؤيده قياس أو عرف ، أو دعت إليه حاجة من غير أن يكون مخالفاً لما في كتاب الله وسنة رسوله حلال مباح ، بل إن مبدأ الاستحسان - الذي يرجع في حقيقته إلى الاستثناء من القواعد العامة التي يلزم من تطبيقها حرج للناس - يبيح لنا أنواعاً من العقود غير ما تقدم تحت عنوان المصلحة .

فأي سماحة بعد سماحة الفقه الإسلامي ، وأي تيسير أوسع من هذا التيسير ؟ وفي هذا يقول الإمام ابن تيمية في فتاويه : « إنه إن حرمنا ما يجري بين الناس في المعاملات العادية من عقود وشروط بغير دليل من الشارع كنا قد حرمنا ما لم يحرمه الله » .

التقسيم الثالث

باعتبار آثارها والأغراض التي تقصد منها

تنقسم العقود بهذا الاعتبار إلى مجموعات عديدة ، كل مجموعة منها تهدف إلى غرض معين ، وقد يكون للعقد الواحد أكثر من غرض ، ويترتب عليه آثار ، لذلك يدخل في عدة مجموعات باعتبارات مختلفة .

فمثلاً عقد البيع الغرض منه التمليك على سبيل التبادل والمعاوضة ، وإذا انتقل فيه أحد البدلين من يد إلى يد كان مضموناً على من انتقل إليه ، فلهذا يعد تارة من عقود التمليكات في مقابلة الإسقاطات وأخرى يعد من عقود المعاوضات في مقابلة التبرعات ، وثالثة يعد من عقود الضمان ، على معنى أن البدلين بعد انتقالهما من يد إلى أخرى يكونان مضمونين ، وهذا في مقابلة عقود الأمانة ، وهي التي يكون المال المقبوض في تنفيذها أمانة في يد من قبضه ، كما في عقد الإيداع ، فإن المال في يد المودَع أمانة لحساب المودِع ، فلا يكون مضموناً عليه إذا هلك من غير تعد ولا تفريط منه .

ونحن لو استقصينا سائر العقود لحصر أغراضها المنوعة لطال بنا الكلام ، ولكنا سنقتصر على الأغراض العامه ، وهنا نجد العقود ، إما أن تكون غايتها التمليك ، أو الإسقاط ، أو الاشتراك ، أو التفويض والاطلاق ، أو التقييد ، أو التوثيق والتأمين ، أو الحفظ ، فهذه أغراض سبعة تتنوع العقود تبعاً لها إلى مجموعات سبع .

١ — عقود التمليكات : وهي ما يكون المقصود منها التمليك . سواء كان التمليك لأعيان المال أو لمنافعها ، وهذا التمليك قد يكون بعوض ، وقد يكون مجاناً ، فانقسمت هذه المجموعة إلى مجموعتين بل ثلاثة .

(ا) المعاوضات : وهي التي تقوم على أساس تبادل الالتزامات المتقابلة بين العاقدين كالبيع والاجارة والصلح عن دعوى المال بالمال ، والقسمة للاموال الشائعة ، والزواج والمضاربة والمساقاة والمزارعة والاستصناع ، فإن هذه وأمثالها فيها معاوضة ومبادلة من طرفي العقد .

(ب) التبرعات : وهي التي تقوم على أساس المعونة والمساعدة من أحد الطرفين للآخر من غير مقابل ، ومن هذا النوع الهبة والاعارة والصدقة والوصية والكفالة من غير أمر المدين والحوالة كذلك .

(حـ) عقود هي تبرعات في ابتدائها . كالقرض ، والهبة بشرط المعاوضة والكفالة بأمر المدين ، فإن المقرض متبرع عند الاقراض ، ولكنه عند رجوعه على المقترض بمثل ما أخذه يكون معاوضة لأنه يأخذ عوض ما دفعه .

وكذلك الكفيل عندما يلتزم بالدين الذي على المدين يكون متبرعاً بهذا الالتزام ، فإذا دفع الدين ورجع على المدين بمثل ما دفعه يؤول إلى المعارضة .

والهبة بشرط العوض اعتبرها بعض الفقهاء معاوضة في المبدأ ، وآخرون يجعلونها من هذا النوع ، فنظراً للفظ الهبة تكون تبرعاً في المبدأ ، ونظراً لاشتراط المعاوضة تكون معاوضة في نهايتها ، ولا شك أن الأحكام تختلف تبعاً لهذا الاختلاف ، فمن جعلها معاوضة ابتداء شرط فيها ما يشترط في البيع وأن الملك يتم بمجرد العقد ، ومن جعلها تبرعاً في الابتداء لاحظ فيها توفر شروط الهبة ، وقال إن الملك فيها لا يتم إلا بالقبض .

٢ — الاسقاطات وهي ما يكون المقصود منها إسقاط حق من الحقوق

سوا كان ذلك في نظير بدل ، أو لا في نظير شيء ، ومن هنا تنوعت الاسقاطات إلى نوعين .

(ا) إسقاطات خالصة ، كالطلاق المجرد عن المال، والاعتاق كذلك ، والعفو عن القصاص من غير بدل ، والتنازل عن حق الشفعة مجانـــاً ، وإبراء الدائن المدين من دينه .

(ب) إسقاطات فيها معنى المعاوضة ، كالطلاق في نظير مال تدفعه الزوجة والاعتاق في نظير مال يدفعه المعتق ، والعفو عن القصاص في نظير مال يدفعه القاتـــل .

٣ – عقود المشاركة : وهي التي يكون المقصود منها الاشتراك في نمـاء المال أو ما يخرج من العمل ، ومنه عقود الشركة بأنواعها ، والمزارعة والمساقـــاة والمضاربة وهي أن يدفع شخص لآخر مبلغا من المال ليتجر فيه على أن يشتركا في الربح .

٤ – عقود التفويض والاطلاق : وهي التي يفوض فيها شخص أو أشخاص لآخر في أن يقوم بعمل ، ويطلق يده في التصرف بعد أن كان ممنوعا منه .

ومن هذا النوع الوكالة ، فإن الموكل يفوض الوكيل ، وينيبه عنه ، ويطلق يده في التصرف الموكل فيه .

وعقد الايصاء ، وهو أن يعهـــد شخص لآخر في أن يتولى شئون أولاده القاصرين بعد وفاته ، فهو بهذا قد فوض إليه التصرف ، وأطلق يده في أمر كان ممنوعا منه ، ومنه أيضا الإذن للمحجور عليه في التصرف ، والإذن للصغير المميز بالتجارة ، ومنه أيضا تولية الولاة والقضاة .

٥ – التقييدات: وهي التي يمنع فيها شخص من تصرف كان مباحا له، وذلك كعزل الأوصياء ونظار الوقف والولاة والقضاه والوكيل ، ومنع المحجور عليه والصبي من التصرف بعد الإذن لهما فيه ، فإن هذه الأمور كلها فيها منع وتقييد بعد إطلاق سابق .

٦ – عقود التوثيقات والتأمينات: وهي التي يقصد بها ضمان الديون لأصحابها وتأمين الدائن على دينه قبل المدين ، ومن هذا النوع الكفالة والحوالة والرهن .

٧ – عقود الحفظ : وهي التي يقصد منها حفظ المال فقط ، كعقد الإيداع، فإن المودع يضع ماله عند المودع ليحفظه ، ولا شيء غير الحفظ .

التقسيم الرابع

تنقسم العقود إلى عقود عينية ، وعقود غير عينية :

فالعقود العينية . هي التي لا يكفي لترتب آثار العقد عليه فيها بمجرد وجود الصيغة مستوفية لشرائط صحتها ، لأن تمام الالتزام فيها يتوقف على قبض العين وهذه العقود هي

الهبة ، والصدقة ، والإعارة ، والإيداع ، والرهن ، والقرض .

فهذه العقود قبل تحقق القبض فيها لا يظهر لها أثر ، وإن كان في بعضها خلاف بين الفقهاء .

ونحن إذا نظرنا إليها نجدها كلها من عقود التبرع ما عدا الرهن ، والتبرع إحسان فلا بد له من شيء يؤكده ،فقبل القبض يكون عرضة للمرجوع عنه ،وأما الرهن فإنه شرع موصوفا بالقبض في قوله تعالى « فرهان مقبوضة » .

والعقود غير العينية هي التي لا يتوقف تمامها وترتب الآثار عليها على شيء غير الصيغة . فهي تتم بمجرد الصيغة السليمة من العيوب ، وهذا النوع يشمل سائر العقود ما عدا العقود الستة السابقة .

ثم إن الفقهاء مختلفون فيما يتحقق به القبض في النوع الأول ، فمنهم من ذهب إلى أنه يتحقق بالتخلية بينه وبين من يكون منه القبض بحيث يتمكن من تسلمه

والاستيلاء عليه ، وهذا إنما يكون برفع الموانع .

ومنهم من يذهب إلى أنه لا بد من القبض الحسي باليد فيما يمكن فيه ذلك كالمنقولات ، وأما ما لا يمكن فيه هذا فيكفي فيه التخلية ، ويرجع في ذلك كله إلى العرف .

التقسيم الخامس

باعتبار اتصال آثار العقد به وقت إنشائه وعدم اتصاله به

ينقسم العقد بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أنواع ، منجز ، ومضاف ، ومعلق .

فالعقد المنجز : هو الذي تكون صيغته دالة على إنشائه وامضائه من حين صدوره ما لم يوجد أمر آخر يمنع من ترتب الحكم عليها ، وهذا لا يكون إلا إذا كانت الصيغة خالية من الاضافة إلى زمن مستقبل ، ولم تعلق على وجود أمر معدوم سيوجد في المستقبل وإن قيدت بقيد يلزم أحد المتعاقدين بشيء لا يقتضيه العقد فان هذا التقييد شيء لا يمنع تنجيزها ، بل هو التزام زائد على ما أوجبه العقد .

فإذا قال شخص لآخر : اشتريت منك هذه الساعة بكذا بشرط أن تقوم باصلاحها مدة سنة من الآن ، وقال الآخر : قبلت ، فان هذه الصيغة تفيد إنشاء عقد البيع من وقت صدوره ، وترتب آثاره عليه ، والشرط لا يمنع من ذلك شيئا ، ولكنه ألزم البائع بالإصلاح في المدة المشروطة ، فيجب الوفاء بهذا الالتزام إذا كان العرف جرى بمثله .

العقد المضاف : هو الذي تدل صيغته على إنشائه من حين صدورها على ألا يترتب عليه حكمه إلا في زمن مستقبل يضيفه إليه : مثل أن يقول شخص لآخر : استأجرت منك هذه الدار كل شهر بعشرة جنيهات ابتداء من أول الشهر

القادم ، ويقول الآخر : قبلت فان هذه الصيغة دلت على إنشاء عقد الاجارة فور صدورها ، ولكن العبارة الزائدة في الصيغة ، وهي قوله . ابتداء من أول الشهر القادم — أخرت ترتب الحكم إلى مجيء ذلك الوقت المضاف إليه ، ولولا هذه الاضافة لترتب الحكم من وقت العقد .

والعقد المضاف كذلك يكون مطلقاً عن التقييد بالشرط ، وقد يكون مقيداً به كما إذا قال : آجرتك هذه الأرض لتزرعها مدة ثلاث سنين بكذا ابتداء من العام القادم بشرط أن تدفع لي نصف الأجرة عند ابتداء المدة ويقول الآخر : قبلت .

والعقد المعلق : هو ما كانت صيغته غير دالة على إنشائه وإمضائه من وقت صدورها ، ولكن تدل بأداة من أدوات التعليق « إن وإخوانها » على تعليق هذا الإنشاء وربط وجوده بوجود أمر مستقبل بحيث إن وجد الأمر المستقبل وجد العقد حين وجوده ، وإن لم يوجد ذلك فلا يوجد العقد نحو : إن سافرت من هذه البلدة فقد وكلتك ببيع منزلي وما فيه من أثاث .

فالعقد المعلق غير موجود عند التكلم بالصيغة ، وإنما يوجد عند وجود الأمر المعلق عليه ، فالفرق بينه وبين المضاف ، أن العقد في حالة الإضافة موجود وقت التكلم ، والحكم غير موجود ، بل سيوجد عند حلول الزمن المضاف إليه ، وفي حال التعليق كلاهما غير موجود ، وإنما يوجدان عند تحقق المعلق عليه .

فإذا قال شخص لآخر : إذا أقرضت فلاناً مبلغ كذا فأنا كفيل به ، فإن هذا الكلام لا ينعقد سبباً للكفالة الآن ، بل حينما يتحقق الإقراض ، فيصبح القائل

كفيلاً بعده ، ويترتب حكم الكفالة من ذلك الوقت .

والتفرقة بين المضاف والمعلق هو مذهب الحنفية ، ولكن الشافعية يذهبون إلى التسوية بينهما ، على معنى أن العقد موجود في حالة التعليق ، كما في حالة الإضافة ، والتعليق منع من ترتب الحكم عليه لحين تحقق الشرط ، كما أن الإضافة منعت ترتب الحكم إلى أن يجيء الوقت المضاف إليه .. والمسألة مشهورة مفصلة في بحث مفهوم الشرط في علم أصول الفقه .

ثم إن التعليق لا يفيد الحكم السابق إلا إذا كان المعلق عليه معدوماً عند التعليق ممكن الوجود في المستقبل . مثل ما إذا قال شخص عنده مريض : إن شفى الله مريضي لأتصدقن بكذا من المال ، أو يقول شخص لآخر : إن سافرت فقد وكلتك ، أو يقول الرجل لامرأته : إن خرجت اليوم فأنت طالق ، وما شابه ذلك ، فإن الشفاء معدوم الآن ، ويحتمل وجوده في المستقبل ، وكذلك السفر ، وخروج المرأة اليوم .

أما إذا كان المعلق عليه موجوداً وقت التكلم فالتعليق صوري ، وهو في الحقيقة تنجيز ، كما إذا قال شخص لآخر وهبتك هذه الساعة إن نجحت في الإمتحان ، وكان في هذا الوقت ناجحاً .

أو إذا قال شخص لآخر : إن ملكت هذه الدار أجرتها لك بكذا ابتداء من الشهر القادم ، وقال الاخر قبلت ، وتبين أنه كان مالكاً لها وقت العقد بطريق الإرث مثلاً ، فإن التعليق يكون صورياً .

وإذا كان المعلق عليه معدوماً يستحيل وجوده في المستقبل لم ينعقد العقد أصلاً ، كما إذا قال رجل لامرأة : زوجيني نفسك ، فأجابته بقولها ، إن سقطت

السماء على الأرض زوجتك نفسي ، فإن هذا التعليق مبطل للعقد ، لأن الغرض منه واضح ، وهو إفهام المخاطب أن إنشاء هذا الزواج مستحيل ، ومثل هذا يجعله محالاً .

وإذا قال شخص لآخر : إن شربت ماء هذا البحر كله وهبتك هذا الشيء فان هذا التعليق ينبيء عن استحالة الهبة ، فيكون الكلام لغواً لا أثر له في إنشاء العقد .

العقود بين التنجيز والتعليق والإضافة

بعد أن عرفنا معاني هذه الكلمات والفرق بينها. بقى أن نعرف مدى قبول العقود لهذه المعاني ، فنقول .

الأصل في العقود كلها أن تكون منجزة ، لأنها موضوعة لإفادة أحكامها في الحال ، ولا يخرج عن هذا الأصل إلا ما كان بطبيعته يأبى التنجيز ، وينحصر ذلك في عقدي الوصية والإيصاء ، فان الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، فان قبل الموصى له الوصية في حياة الموصى يكون هذا القبول لغواً ، يستوي في ذلك إضافة العقد إلى ما بعد الموت ، وعدم إضافته ، فلو قال شخص لآخر: أوصيت لك بربع مالي ، كان ذلك مساوياً لقوله : جعلت لك هـذا القدر من المال بعد وفاتي وصية ؛

والإيصاء : جعل الشخص غيره وصياً على أولاده ، أو حفدته بعد وفاته ، فهذا العقد لا يترتب عليه حكم إلا بعد الوفاة . سواء أضاف ذلك إلى مـــا بعد الموت أو لم يضفه .

العقود والاضافة : تتنوع العقود بالنسبة لقبولها الاضافة ، وعدم قبولها ذلك إلى ثلاثة أنواع .

١ – عقود لا تكون إلا مضافة ، وهي الوصية والايصاء كما سبق بيانه .

٢ – عقود تقبل الاضافة ، على معنى أنها تصح أن تكون منجزة ، ويصح

أن تكون مضافة ، فإذا كانت منجزة ، ترتب عليها آثارها في الحال ، وإن كانت مضافة وجد العقد وتأخر حكمه إلى زمن الاضافة ، وقد عدها فقهاء الحنفية أربعة عشر عقداً .

وهي بوجه عام تشمل العقود الواردة على[1] المنافع ، كالاجارة والاعارة والمزارعة والمساقاة والمضاربة ، والاسقاطات . كالطلاق والخلع من جانب الزوج ، والاعتاق ، والوقف ، والاطلاقات ، كالوكالة والقضاء ، والامارة ، والتوثيقات كالكفالة والحوالة .

٢ – عقود لا تقبل الاضافة ، وهي بوجه عام عقود التمليكات التي تفيد تمليك الأعيان ، كالبيع وإجازته ، والهبة والصلح عن مال والابراء عن الدين ، ويلحق بها الزواج والشركة والقسمة والرجعة .

والفرق بين النوعين حيث جاز في الأول الإضافة ، ولم تجز في الثاني - أن النوع الأخير عقود يمكن اتصال أحكامها بها من غير تراخ عنها فتأخيره يكون إهمالاً لها ، وإبقاء لها من غير عمل مدة من الزمان ، ولأنها في الأصل موضوعة لإفادة أحكامها في الحال ، والصيغة المضافة لا تفيد ذلك ، فتكون بعيدة عن كونها سبباً في هذا النوع فلا ينعقد بها العقد .

وأما النوع الذي قبله فإنه وارد على المنفعة في بعضها ، وهي لا توجد مرة واحدة ، بل توجد متدرجة مع الزمن ، فإضافتها لا تنافي وضعها ، بل معنى الاضافة ملاحظ فيها .

والاسقاطات إنهاء لما يملكه العاقد ، فله أن ينهيها في الحال ، وأن يؤخرها

---

(١) واجع تكملة البحر الرائق ج ٨ ص ٤٤ وما بعدها ، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ١٣٤ ، وجامع الفصولين ج ٢ ص ٢ ومـا بعدها في الفصل السادس والعشرين ، فيما يبطل من العقود بالشرط وما لا يبطل وما يصح تعليقه وإضافته وما لا يصح .

فترة من الزمن .

والاطلاقات لا تفيد أحكامها دفعة واحدة ، بل تثبت شيئاً فشيئاً ، فلا تتنافى معها الإضافة ، والتوثيقات كذلك ، فقد يكفل الشخص ، ولا يطالب بدفع الدين إلا بعد فترة من الزمن ، وقد لا يؤدي ، وكذلك الحال عليه ففيها معنى الإضافة فلا يتناقض معها .

العقود والتعليق : تنقسم العقود بالنسبة لقابليتها للتعليق إلى قسمين . قسم لا يقبل التعليق بحال ، وآخر يقبله ، وهذا الأخير تحته صنفان صنف يقبل التعليق بالشرط مطلقاً ، وصنف لا يقبل التعليق إلا بالشرط الملائم فتكون ثلاثة أنواع :

النوع الأول : العقود التي لا تقبل التعليق بحال ، وقد عدها صاحب جامع الفصولين [1] ثلاثة عشر .

وهي بوجه عام تشمل التمليكات سواء أكانت واردة على الأعيان أم على المنافع ، المعاوضات منها والتبرعات [2] ما عدا عقد الوصية ، كالبيع وإجازته والهبة والقرض ، والإجارة والإعارة ، والمزارعة والمساقاة وعقود المبادلات غير المالية كالزواج والخلع ، والتقييدات ، كالرجعة ، والحجر على المأذون له

---

(١) ح ٢ ص ٢ وما بعدها في الفصل ٢٦ : وكذلك البحر الرائق ح ٦ ص ١٩٤ وما بعدها . باب المتفرقات ، وتبين الحقائق ج ٤ ص ١٢٤ ، وراجع مع ذلك الفروق للقرافي ج ١ ص ٢٢٨ وما بعدها في الفرق ٤٥ .

(٢) والشافعية يوافقون الحنفية في عقود المعارضات والتبرعات جميعاً والمالكية يوافقونهم في المعارضات ، ويختلفون في عقود التبرعات ، فيجيزون التعليق فيها لأنه لا يترتب عليه ضرر فيها ، ولأن ما فيها من الغرر لا يلحق الضرر بواحد من المتعاقدين فأي ضرر يكون في قول الرجل : إن نجحت في عملي هذا وهبتك ذلك الشيء ! فاذا تحقق الشرط وجدت الهبة ، وإن لم يوجد فلا يلحق الموهوب له ضرر من ذلك .

بالتجارة . وكذلك الرهن . والابراء على الأصح باعتبـــاره تمليكاً للدين لا إسقاطاً له .

وإنما منع تعليق هذه العقود ، لأن الأصل في العقود أن توجد بمجرد وجود الصيغة الدالة عليها ، فتعليق وجودها على أمر محتمل الوجود قد يوجد وقد لا يوجد يجعلها مترددة بين الوجود والعدم ، فهو أشبه بالقمار والمخاطرة فيكون فيها غرر .

فاذا قال شخص لآخر : إن لم أجد لهذا الشيء مشترياً بسعر أغلى ممـــا حددته بعته لك ، ويقول الآخر ، قبلت ، فان العقد لا ينعقد ، بـــل يكون فاسداً ، لأنه لا يدري وقت هـــذا الكلام . أيوجد بيع في المستقبل أولاً ، وكذلك لو قال شخص لآخر . إن وجدت مسكناً غير هذه الدار أجرتها لـك بكذا كل شهر ، ويقبل الآخر .

أو يقول الرجل للمرأة : تزوجتك إن رضي أهلي ، وتقول له قبلت .

أو يقول الرجل لابنه : إن نجحت في الامتحان وهبتك هذه الساعة ، أو يقول شخص لآخر : إن جاءني فلان بمـا عليه من الدين أقرضتك مبلغ كـذا ، وهكذا في بقية تلك العقود .

النوع الثاني : عقود تقبل التعليق بكل شرط ، ومنهـــا الوكالة والوصية والإيصاء ، والاسقاطات كالطلاق والاعتـــاق والتنـــازل عن حق الشفعة ، والالتزامات التي يحلف بها كالنذر نحو قولك: إن نجحت في الامتحان هذا العام لأتصدقن على الفقراء بمبلغ كذا من المـال . فان هذا يصح ، وإذا تحقق الشرط

المعلق عليه ، وهو النجاح لزمه التصدق .

وكذلك لو قال شخص لآخر : إن سافرت فقد وكلتك في التصرف في تجارتي ، أو تقول لغيرك : إن وجدت كذا في السوق فاشتر لى منه كذا ، فانه يصح ، ويكون وكيلا عند تحقق الشرط ، ولو قال شخص لآخر . إن ملكت هذا المنزل جعلته لك وصية صح .

قالوا . وإنما صح تعليق هذه العقود ، لأنه لا يترتب على تعليقها ضرر بأحد المتعاقدين، ولأنها إما التزام شخصي يتعلق بارادة الملتزم كما في الاسقاط والنذر، أو إطلاق في التصرف، وهو في معنى التصرف الشخصي كما في الوكالة والايصاء وكل ذلك يتعلق بارادة من صدرت منه ، فهو الذي يكيفها حسبما يريد ، والوصية لا ينافيها التعليق ، لأنها في الأصل كالمعلقة على الموت ، حيث لا تكون إلا بعده ، فيصح تعليقها على شيء آخر .

النوع الثالث : عقود يصح تعليقها بنوع من الشروط دون نوع ، فيصح تعليقها بالشرط الملائم دون سواه كالكفالة والحوالة والاذن بالتجارة

والشرط الملائم : هو ما كان متفقاً مع مقتضى العقد شرعاً أو عرفاً بأن يكون بين الشرط وما علق عليه مناسبة تقتضي هذا التعليق ، كأن يقول شخص لآخر : إن داينت فلاناً فأنا كفيل بهذا الدين ، أو إن لم يؤد فلان ما عليه لك من الحق غداً فأنا ضامن له ، أو إن استحق المبيع فأنا كفيل بثمنه أو يقول القيم على الصغير : ان أظهرت مهارة في تصرفاتك فقد أذنت لك بالتجارة .

وأما اذا كان الشرط غير ملائم فلا يصح التعليق ، كأن يقول شخص لآخر

ان تقدمت في الامتحان فقد تكفلت بما لك من الدين على فلان ، أو يقول : ان كان الجو حاراً فقد أذنت لك في التجارة ، فإنه لا علاقة بين هذه الشروط وتلك العقود ، وهذا التعليق مفسد للعقد ، لأنه لا يظهر فيه غرض صحيح فيكون كالهزل . والعقود لا تصلح معه الا ما ورد به النص ، وهو حديث « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد » .

ونكتفي بهذا القدر من تقسيمات العقود .

٦ ــ عيوب العقد

يراد بعيوب العقد هنا الأمور التي تلابس إنشاءه ، ويكون لها فيه نوع تأثير ، سواء أكان تأثيرها في أصل العقد ، كما في الغلط في محل العقد ، أم في لزومه كما في الغلط في وصف من أوصاف المعقود عليه، وكما في الغبن مع التغرير

والعيوب التي تلم بالعقد كثيرة متنوعة ، ولكنها ترجع في أغلب صورها إلى ثلاثة انواع :

الاكراه ، والغلط ، والغبن مع التغرير.

الاكراه : معناه في اللغة : حمل الانسان غيره على ما يكره قهراً والفقهاء يريدون به معنى يقارب ذلك ، وهو طلب الشخص من غيره الاتيان بعمل غير واجب عليه شرعاً مع تهديده بإلحاق الأذى به ان لم يجب طلبه[1] .

ثم إن مجرد الطلب المقترن بالتهديد لا يحقق الاكراه شرعاً ، بل لا بد وأن يكون من شخص قادر على تنفيذ ما هدد به، وأن يكون المهدد جاداً في تهديده بحيث يظن المكره جديته ، وأنه منفذ لما هدد به إذا لم يمتثل ، وأن يكون الشيء المهدد به مما يشق على المكره تحمله، وان يكون ما أكره عليه ممتنعاً على

---

(١) وعرفه السرخسي في مبسوطة ج ٢٤ ض ٣٨ فقال : هو فعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره ، » وعرفه أصحاب المجلة العدلية بانه « إجبار أحد على أن يعمل عملا بغير حق دون رضاه بالاخافة» المادة ٩٤٨ .

المكره قبل الاكراه إما لحق انسان آخر ، أو لحق المشرع[١] ، فـان اختل واحد من هذه القيود لا يتحقق إكراه، كما إذا كان المهدد غير قادر على ما هدد به سواء كان بسبب عجزه عن التنفيذ ، أو بسبب استطاعة المكره الافـلات مما هدد به أو كان هازلاً في تهديده في الواقع ، أو في اعتقاد المكره ، أو كان الشيء المهدد به مما لا يشق على النفس احتماله :

وما دام التهديد وقع من القادر على تنفيذه تحقق الاكراه لا يعنينا بعد ذلك أن يكون من اصحاب الولاية والسلطان . أو عامة الناس .

والإكراه بهذا المعنى يتنوع الى نوعين ، تام وغير تام ،أو على حـــد تعبير الفقهاء والأصوليين إكره ملجىء ، وإكراه غير ملجىء

فالاكراه الملجىء : هو ما يكون التهديد فيه بقتل النفس، أو باتلاف عضو أو بالضرب الشديد الذي يخشى منه تلف النفس أو العضو ، أو بإتلاف جميع المال أو بالحبس الدائم .

والاكرا غير الملجىء : هو التهديد بما سوى ذلك مما يشق على النفس احتماله كالتهديد بالضرب الذي لا يخشى منه التلف،أو بإتلاف بعض المال ، أو بالتأنيب الشديد أمام الناس ، ولا شك في أن هذا النوع يختلف باختلاف الاشخاص ، فرب أمر يعتبر إكراها في حق شخص بينما لا يكون كذلك في حـــق غيره. وهذا النوع ليس له حدود فاصلة ، بـل أمره متروك الى القاضي يقدره حسبما وقع ، فإذا كان الشيء المهدد به مما لايشق على النفس احتماله لا يتحقق الاكراه.

والإكراه بنوعيه لا يؤثر في الأهلية ، بل المكره مع هذا الإكراه له أهلية أداة كاملة ، ولكنه يؤثر في الرضا فيعدمه ، لأن الرضا رغبة ، ولارغبة مـع

---

(١)راجع كشف الاسرار .

الإكراه ، وكما يعدم الرضا بعدم الاختيار عنـد غير الحنفية الذين يرون التلازم بين الرضا والاختيار .

وأما الحنفية فإنهم يرون أن الإكراه الملجيء مفسد للاختيار لأنه يجعـل المكره كالآلة في يد المكره ، ولهذا ينسب الفعل الى من كان منه الإكراه كأنه وقع منه ، وأما غير الملجيء فـلا يفسد الاختيار ، بل يكون المكره مختاراً واختياره صحيح ، لأنه يستطيع أن يتحمل ما هدد به من الأذى(١)

والكلام على الاكراه فيه تفصيل تكفل علماء الأصول ببيانه في بحـث عوارض الأهلية هناك .

وأما أثره في العقود ـ وهو ما يعنينا هنـا فقد سبق بيانه في بحث « العقد بين الإدارة الباطنة والظاهرة » من هذا الكتاب .

والقانون المدني تكلم عن الاكراه في مادتي ١٢٧ ، ١٢٨ ، بين فيهما حـكم الاكراه وأثره في العقد ، وحكم ما إذا ما وقع الإكراه من غير المتعاقدين .

الغلط : الغلط في العقد قد يكون باطنياً . أي في الادارة الباطنة ، كأن يبيع شخص لآخر ، أو يتصدق عليه اعتقاداً منه أنه فلان ، ويظهر أنه غيره ، وكأن يشتري سيارة بثمن معين معتقداً أن قيمتها كذلك ، ثم يتبين أن قيمتها نقصت كثيراً عن ذي قبل ، وكما إذا اشترى خاتماً معتقداً أنه من ذهب فيظهر أنه من الفضة المموهة بالذهب أو من النحاس أو ما شاكل ذلك من صور الغلط

---

(١) والاكراه بنوعيه معتبر في التصرفات القولية ومنها العقود ، وأما التصرفات الفعلية ، كاتلاف مال الغير أو الاعتداء على النفس فلا اعتبار فيها الا للاكراه الملجيء ، فهو الذي يسقط العهدة عن المكره ، بخلاف غير الملجيء فانه لا أثر له ويكون المكره ضامنا . راجـع المادة ـ ١٠٠٧ من المجلة المدلية ؛

التي لا يوجد في الصيغة ما يدل عليه .

وقد يكون الغلط ظاهرياً ، بمعنى أنه يوجد في الضيعة ما يدل عليه ، كما إذا قال شخص لآخر : بعنى هذا الفص من الماس بثمن قدره كذا مشيراً إلى فص تبين فيما بعد أنه من زجاج ، فإن المشتري هنا وقع في خطأ حيث اعتقد أن الفص الذي اشتراه من الماس ، والواقع خلاف ذلك ، وقد جـــاء في كلامه ما يدل على هذا الخطأ .

والفقهاء لم يلتفتوا إلى النوع الأول(١) ، لأن العبرة عندهم في العقود بوجـــه عام بما يدل على النوايا من الألفاظ وما في معناها ، فما دام الخطأ لم يوجد في الصيغة لفظ يختلف معناه مع الواقع لا يلتفت إلى دعوى الخطأ ، ولا يترتب عليه أي أثر ؛ والمعتبر عندهم هو النوع الثاني الذي يوجد في الصيغة ما يدل عليه ، ومع ذلك فقد قصروا كلامهم هنا على الغلط المتعلق بمحل العقد ، وأما المتعلق بذات العاقد ، أو بصفاته فمحله بحوث أخرى كالولاية والفضالة .

ومعنى الغلط في محل العقد . هو ظهور المعقود عليه على خلاف مـــا عين بالعقد . وهذا الغلط يؤثر في رضا العاقد الذي وقع في جانبه ، لأنه ما رضى بالعقد إلا على الحالة التي قدرها وأنشا العقد على اعتبار وجودها ، فاذا اختلفت الحقيقة مع ما قدره فات رضاه بالعقد . .

ثم إن هذا الغلط لا يخلو إمـــا أن يكون في جنس المعقود عليه ، أو في صفة من صفاته .

---

(١) قد يقال : ان هذا يخالف ما سبق في بحث الإرادة الظاهرة والباطنة . وهو ان فريقا من الفقهاء يعولون على الإرادة الباطنة دون الظاهرة ، والجواب أنه لا تخالف لأن محل اعتبارهم للارادة الباطنة انما هو عند وجود تخالف بين الأرادتين ، لذلك قلنا في تقرير مذهبهم هناك : انهم يعتبرون الارادة الظاهرة اذا لم يوجد ما يخالفها ، فاذا وجد اعتبر ذلك وألغيت العبارة .

فالأول : يتحقق عند ما يكون المذكور عند إنشاء العقد من جنس آخر غير جنس الذي عينه بالاشارة ، كما إذا قال اشتريت هذا الفص من الماس مشيراً إلى فص معين ، وبعد قبول الاخر ظهر أنه من الزجاج ، أو اشتراه على أنه من الياقوت فوجده من الزجاج ، أو اشترى ثوباً على أنه من الصوف فظهر أنه من قطن مصبوغ ، أو اشترى داراً معينة على أنها مبنية بالآجر فظهر أنها مبنية باللبن ، وما شاكل ذلك .

والضابط في اختلاف الجنس وعدمه — في نظر الفقهاء — أنه إذا تفاوتت الأغراض والمقاصد بين الشيئين تفاوتاً كبيرا ، كالزجاج والماس ، أو اتحدت الأغراض ، ولكن اختلفت القيمة اختلافاً كبيرا كالدار المبنية بالآجر ، والمبنية باللبن كان الجنس مختلفاً ، وإن لم يوجد هذا التفاوت ، أو هذا الاختلاف لم يكن الجنس مختلفاً ، كما في الياقوت الأصفر والأحمر ، والبقرة الحلوب وغير الحلوب ، والقماش الحرير المصنوع في جمهورية مصر العربية والمصنوع في اليابان [1]

والثاني : وهو الاختلاف في الصفة يتحقق عندما يكون المشار إليه في العقد والمذكور فيه غير مختلفين في الجنس بالمعنى السابق ، كما إذا اشترى ثوباً من الحرير على أنه مصنوع في جمهوريتنا ، فتبين أنه مصنوع في اليابان مثلاً ، أو يشتري بالليل فص ياقوت على أنه أحمر فتبين أنه ياقوت أصفر ، أو يتزوج امرأة على أنها بكر فتظهر غير بكر ، أو يتزوجها على أنها متعلمة فيتبين أنها جاهلة .
والأثر الذي يترتب على الغلط في أحد النوعين مختلف عن الآخر ، فالغلط فى النوع الأول مبطل العقد ، فيجعله كأن لم يكن ، لأن محل العقد غير موجود

(١) يقول الباجي في شرح الموطأ ج ٤ ص ١٥٩ : إذا اختلف الشيئان في المنفعة المقصودة منهما كانا جنسين مختلفين وإن سميا باسم واحد ، وإن اتفقا في المنفعة المقصودة وافترقا في الاسم فهما جنس واحد في قول ابن القاسم . فليراجع .

والعقد لا يوجد بدون محله .

ذلك لأن القاعدة عند الفقهاء: أنه إذا اجتمع في المعقود عليه التعيين بالإشارة والتعيين بالاسم والوصف واختلف جنس المشار إليه عن جنس المعين بالاسم كانت العبرة فيه بالمعين باسمه ووصفه ، فيكون هو المعقود عليه ، وحيث إن المعين بالوصف غير موجود فيكون العقد غير موجود من أساسه وإذا اجتمع التعيينان مع اتحاد جنس المشار إليه والمسمى تعلق الحكم بالمشار إليه ، وينعقد لوجود المحل ، ولكنه يتخير لفوات الوصف .

وأما الغلط في النوع الثاني فإنه لا يترتب عليه بطلان العقد ، وإنما يترتب عليه عدم لزومه في حق من وقع الغلط في جانبه ، أما صحة العقد فلانه صدر من أهله في محله . وأما عدم لزومه فلفوات الرضا وحينئذ يكون له حق الفسخ فإن شاء فسخه ، وإن شاء أمضاه .

وهذا الحكم وهو حق الفسخ إنما يكون في العقود التي تقبل الفسخ كعقود المعاوضات المالية ، وما في معناها ، وأما العقود التي لا تقبله كعقد الزواج فلا يثبت خيار الفسخ بفوات الوصف المرغوب فيه خلافاً للإمام أحمد، فإنه عمم حكم خيار الفسخ حتى في عقد الزواج .

فلو تزوج امرأة على أنها بكر أو متعلمة، ثم ظهرت خلاف ذلك كان المزوج حق فسخ عقد الزواج بهذا عند الحنابلة في احدى الروايتن عندهم كما صرح به ابن قدامة في المغني .

ومما تجب ملاحظته هنا ، أن فوات الوصف يوجب الخيار بشرطين .

الأول : أن يكون هذا الوصف مما لا يدرك بالمعاينة الظاهرية ، ككون هذا القماش عربيـاً أو غير عربي ، أو كون الجلد عربياً أو أمريكياً . فإن كان يدرك بالمعاينة ، ووجده خالياً من هذا الوصف فلا خيار له .

الثاني : ألا يكون فواته إلى أحسن منه . فإن كان الوصف الموجود أفضل من الوصف المشترط لا يثبت خيار لمن غلط فيه .

ولقد عرض القانون المدني الجديد المصري لأحكام الغلط في العقد في خمس مواد ١٢٠ ، ١٢١ ، ١٢٢ ، ١٢٣ ، ١٢٤ . ومن يستعرض هذه المواد مع شرحها يجد الغلط في العقود في نظر رجال القانون أوسع دائرة منه في نظر الفقهاء . فقد يكون الغلط في صفة جوهرية في العقد ، أو في ذات المتعاقد ، أو في صفة من صفاته ، وقد يكون فردياً ، كما يكون مشتركاً [١] .

الغبن والتغرير :

الغبن في اللغة النقص ، والفقهاء يريدون به كون أحد العوضين في عقد المعاوضة غير متعادل مع الآخر بأن يكون أقل من قيمته أو أكثر منها .

فإذا باع شخص شيئاً قيمته خمسون بأربعين كان الغبن في جانب البائع ، ولو باعه بستين كان الغبن في جانب المشتري ، فالغبن لا يكون في جانب واحد دائماً ، بل قد يكون في هذا الجانب مرة ، وفي الجانب الآخر مرة أخرى .

فالغبن أما يسير وأما فاحش . فاليسير : يوجد في أغلب صور المعاوضات بخلاف الفاحش ، وفي بيان معنى الغبن اليسير والفاحش عند الفقهاء أقوال أقربها إلى الفقه . أن اليسير هو ما كان داخلاً تحت تقويم المقومين . أي تقدير الخبراء للمعقود عليه ، فإذا باع شيئاً بتسعين ، وقد قومه أحد الخبراء بتسعين ، والآخر بثمانين ، والثالث بمائة ، كان يسيراً ، وإنما كان يسيراً لأن النقص فيه ليس متحققا ، بل محتملاً فقط [٢] .

---

(١) راجع النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحي حجازي ص ٢٩٥ وما بعدها .
(٢) راجع البدائع ج ٦ ص ٣٠ .

والغبن الفاحش : عكسه ، وهو ما لم يكن داخلاً تحت تقويم المقومين .

ففي المثال السابق ، لو باعه بسبعين أو بمائة وعشرة كان الغبن فيه فاحشا ، لأن السبعين لم تأت في التقويم ، ومثلها المائة والعشرة .

ومن الآراء ما يحدد كلا منها ، وفي تحديده اختلاف حسب أنواع المال، فحدد الغبن الفاحش في العروض بما يعادل نصف العشر ، وفي الحيوان بالعشر ، وفي العقار بالخمس ، فإذا لم يصل الغبن هذا القدر كان يسيراً ، وقد أخذت المجلة بهذا الرأي كما جاء في المادة ١٦٥ .

والتغرير : لغة الخداع والإطماع بالباطل .

والفقهاء يريدون به . استعمال حيلة وخدعة مع أحد المتعاقدين ليقدم على العقد ظاناً أنه في مصلحته ، والواقع خلاف ذلك ، يستوى في هذا استعمال الخدعة من العاقد الآخر ، أو من غيره كما يحدث من السماسرة الذين يرغبون الناس في السلع بطرق عديدة .

وهذا التغرير قد يكون بالقول ، ويسمى تغريراً قولياً ، كأن يقول البائع للمشتري : إنه عرض عليّ ثمن أكثر من هذا ، ولكني آثرتك به مع قلة ما تدفعه . أو أن هذا الشيء ندر في الأسواق ولن تجده بعد اليوم ، أو يقول المشتري للبائع : لقد عرض على ما هو أحسن منه بهذا الثمن أو بأقل منه ، وما شاكل ذلك ، أو يعلن شخص عن سلعة من السلع ، ويصفها بأوصاف مرغبة تجعل الناس يتسابقون عليها ، وهذا العمل كرهه المشرع وتوعد عليه بالعقاب [1] .

---

(١) أخرج البخاري عن عبد الله بن أبي أوفى أن رجلا أقام سلعة له في السوق فحلف بالله =

وقد يكون التغرير بفعل يجعل العاقد الآخر يظن في المعقود عليه خلاف الواقع كما يحدث في صورة التصرية ، وهي ربط البائع ضرع البقرة القليلة اللبن مدة حتى يمتلىء ضرعها باللبن ، ويسمى هذا تغريراً فعلياً .

أثر الغبن والتغرير في العقد :

أما الغبن اليسير : فإنه لا يؤثر في رضا العاقد ، لأنه محتمل لكثرة وقوعه، والعاقد مهما احترز عنه فلن يستطيع أن يتفاداه في كل عقوده ، ومن ثم قرر الفقهاء أنه لا يؤثر في العقود اللازمة ، فليس لمن وقع الغبن في جانبه خيار الفسخ ، وهذا الحكم عام في العقود كلها ، ولا يستثنى منه إلا بعض صور قليلة يثبت فيها حق المطالبة بالفسخ لغير المتعاقدين محافظة على حق مقرر لذلك الغير .

وهذا في تصرف المدين بدين مستغرق إذا كان محجوراً عليه ، فاذا باع أو اشترى بغبن يسير ، فان هذا التصرف موقوف على إجازة الدائنين ، أو رفع هذا الغبن ، وكذلك تصرف المريض مرض الموت بدين مستغرق ولو لم يكن محجوراً عليه ، لأن مرض الموت موجب للحجر ، ولكنه لا يظهر إلا بعد الموت حيث لا يتحقق أنه مرض الموت إلا إذا أسلم إلى الموت .

وأما الغبن الفاحش : فإنه يؤثر في رضا العاقد فيعدمه ، لأنه ما أقدم على هذا العقد إلا لظنه أنه في مصلحته ، فلما بان أنه مغبون فيه فات رضاه به، ومع ذلك فان تأثيره في العقد لم يكن محل وفاق بين الفقهاء ، بل اختلفوا فيه

=لقد أعطى بها ما لم يعطه ليوقع فيها رجلاً من المسلمين فنزل قول الله تعالى :« إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم في الاخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم » آل عمران ٧٧ .

على مذاهب . فمنهم من يرى أنه يؤثر في حكم العقد ، فيجعله غــير لازم في جانب من وقع الغبن في جانبه من غير علمه ، فيحق له أن يفسخ العقد ، لأن الغبن ظلم وهو مطلوب رفعه .

ومنهم من يرى أنه لا يؤثر في لزوم العقد ، فلا يحق للمغبون أن يفسخ العقد سواء كان الغبن نتيجة تغرير أولاً ، ووجهوا رأيهم : بأن عقود المعاوضات التي هي موضع للغبن عقود لازمة في أصلها . فلو أبيح للمغبون فسخها لكان ذلك ذريعة إلى تغيير لزومها المشروع ؛ ولأن الغبن لا يقع إلا بتقصير مــن المغبون غالباً ، لأنه لو تأنى في تعاقده لما وقع هذا الغبن .

وفريق ثالث [1] يذهب إلى رأي وسط بين الرأيــين ، فأثبت حق الفسخ

---

(١) يرى بعض المحققين أن القول الثالث توفيق بين القولين بحمل القول الأول على ما إذا كان الغبن مع التغرير والثاني على ما إذا كان بدون تغرير .

جاء في رسائل ابن عابدين جـ ٣ ص ٧٩ في ختــام رسالة تحبير التحرير في ابطال القضاء بالفسخ بالغبن الفاحش بلا تغرير ما يلي :

تقدم في عبارة الخيرية نقلاً عن البحر عن القنية ما حاصله أن الرد بالغبن الفاحش روايتان، وأن بعضهم أفتى بالرد رفقاً بالناس ، وبعضهم أفتى بعدمه وهو ظاهر الرواية ، وبعضهم قال : إن غر المشتري البائع أو بالعكس يثبت الرد . وعلى هذا فتوانا وفتوى أكثر العلماء رفقاً بالناس. قال : والذي يظهر من هذه العبارة أن القول الثالث توفيق بين الروايتين بحمل الرواية الأولى على ما إذا كان الغبن مع التغرير،والثانية على ما إذا كان بدون تغرير ، ويؤيده أن من أفتى بالأولى علل فتواه بقوله : رفقاً بالناس كما علل أصحاب القول بالتفصيل ، فعلم أنهم حملوا الرواية بالرد التي هي أرفق بالناس على ما إذا كان مع التغرير ، وحملوا الثانية التي فيها رفق بالناس على ما إذا كان بدون تغرير . إذ لا تصلح علة واحد لقولين متغايرين .

قال وهذا التوفيق ظاهر ووجهه ظاهر . إذ الرد مطلقاً ليس أرفق بالناس بل خلاف الأرفق لأنه يؤدي إلى كثرة المخاصمة والمنازعة في كثير من البيوع. =

للمغبون فيما إذا كان الغبن نتيجة تغرير غيره ، ومنعه إذا لم يكن كذلك .

وهذا كما ترى رأي مقبول له وجـــه ظاهر ، لأن المغبون معذور في حالة التغرير حيث إن الغبن لحقه بسبب الخداع والتضليل بخلاف الصورة الأخرى ، فإن الغبن لحقه نتيجة تقصيره وعدم ترويه .

وهذا الاختلاف في الآراء يخرج عنه بعض الصور هي موضع اتفاق على أن الغبن الفاحش يؤثر في العقد بالإبطال إذا لم يرفع الغبن ، وهي التصرف في مال الوقف ، وأمـوال المحجور عليهم بسبب الصغر والجنون والسفه وأموال بيت المال ، فإذا بيع شيء من ذلك بالغبن الفاحش نقض سواء كان الغبن نتيجة تغرير أو لا ، لأن التصرف في هذه الأموال مقيـــد بالمصلحة ، وليس من المصلحة في شيء بيعها بالغبن الفاحش ، فيقع غير صحيح من أول الأمر .

وأما التغرير : فإن كان يوهم بوجود صفة في المعقود عليه مرغوب فيها ، ولولاها لما أقدم على العقد ، كما في صورة التصرية ، فإن المشتري ما أقدم على الشراء إلا لرغبته في كونها حلوباً ، فإذا فات ذلـــك الوصف ثبت للمغرور

=والقول بعدم الرد مطلقاً خلاف الأرفق أيضاً ، وأمـــا القول بالتفصيل فهو القول الوسط القاطع للشغب والشطط ، وخير الأمور أوساطها لا تفريطها ولا إفراطها لأن من اشترى القليل بالكثير من خداع البائع وتغريره يكون بدعوى الرد معذوراً وبائعة آثماً ومأزوراً .

فلا جرم أن قالوا : وعلى هذا فتوانا وفتوى أكثر العلماء رفقاً بالناس . وقال الزيلعي إنـــه الصحيح ، ومشى عليه في متن التنوير وعامة المتأخرين . ويظهر من هذا أن مـــا يقع في بعض العبارات كعبارة الدر المختار من أنه أفتى بعضهم بالرد مطلقاً كما في القنية غير محرر ، لأنه في القنية لم يذكر الإطلاق وكأن من صرح بالإطلاق فهم من عدم ذكر القيد في كل من الروايتين الإطلاق فحملها على الإطلاق ولم يلحظ ما لحظه أهل التوفيق .

قال : وهذا شأن كل متناقضين ظاهراً في النصوص وغيرها من أقوال العلماء فإنه يطلب أولاً التوفيق ، فإن لم يمكن يطلب الترجيح كما هو مقرر في كتب الأصول وغيرها ،

الخيار في الفسخ ، ويسمى ذلك خيار الوصف [1] .

وهذا الخيار يثبت له عند القائلين به سواء نتج عن التغرير غبن أو لا ، وسواء كان التغرير بالقول أو بالفعل . ولكن بشرط ألا يكون الوصف الفائت مما يدرك بالعيان والمشاهدة ، فان كان كذلك فلا خيار لانتفاء التغرير .

وإن لم يكن التغرير كذلك . بل كان راجعاً إلى السعر ، فان نتج عنه غبن فاحش فقد سبق حكمه ، وأنه موجب للخيار على أرجح الآراء ، وإن لم يترتب عليه غبن فلا خيار [2] .

ومن التغرير بوجود الوصف الموجب للخيار صورة اشتهرت باسم التدليس وهو إخفاء عيب في أحد العوضين في عقود المعاوضات ، كما إذا كان المبيع ثوباً به خروق فرفاها البائع ليخفي هذا العيب . وليظهر الثوب بصورة

---

(١) وبعضهم يسميه خيار التغرير ، وهو منهمي عنه لحديث « لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء ردها وصاعا من تمر » تصروا بضم التاء وفتح الصاد من التصرية وهي الجمع .. هذا الحديث لم يأخذ به أبو حنيفة ومحمد فلم يثبتا في هذا الخيار لمخالفة ظاهره لقاعد الضمان ، وأخذ به أبو يوسف ، وقال : له الخيار في الرد فان رده رد معها قيمة اللبن سواء كانت مساوية لقيمه صاع التمر أولاً معللاً ذلك بأن قيمة اللبن حينذاك كانت مساوية لصاع التمر .

وجمهور الفقهاء يذهبون إلى أن خيار الرد ثابت بهذا الحديث ويجب عليه رد صاع من التمر عملا بظاهر الحديث قيل . إن الحكمة في أن الرسول حكم برد صاع من تمر هي أن لبن التصرية اختلط باللبن الطارىء في ملك المشتري فلا يمكن تقويم ما للبائع منه لعدم معرفة مقداره فجعله الرسول شيئاً معيناً قطعاً للنزاع .

ويمكن على هذا أن يقال : إن التقييد بصاع التمر لانه كان أغلب طعامهم ، فلا يلزم كل واحد برد صاع من تمر ، بل له أن يرد صاعاً من القوت الغالب لأهل بلده .

(٢) راجع شرح المجلة العدلية للاتاسي جـ ٣ ص ٢٣٧ وما بعدها .

السليم ، أو كان بالشاة المبيعة عيب وباعها صاحبها من غير أن ينبه المشتري إلى هذا العيب .

والتدليس موجب للخيار للمدلس عليه سواء كان هو البائـع أو المشتري : فإن شاء أمضى العقد ، وإن شاء فسخه .

ومع كون هذا الخيار من صور خيار العيب الذي سيأتي تفصيله – إلا أنه في الحقيقة لا يخرج عن كونه خيار وصف ، لأن التدليس بإخفاء العيب موهم لسلامة المعقود عليه ، والسلامة وصف ، ومن هنا سمى الحنابلة خيـار التغرير خيار التدليس .

والقانون المدني عرض لحكم التغرير بعنوان التدليس ، وبـيـن حكمه في المادتين ١٢٥، ١٢٦ ، ففي الأولى ينص على أنه : « يجب إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه مـن الجسامة بحيث لولاها لما أبرم العقد ، وتنص الثانية على أنه : إذا صار التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقـد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أنه يعلم بهذا التدليس » .

٧ - الخيارات

قدمنا في تقسيمات العقود أن منها عقوداً لازمة وأخرى غير لازمة ، وأن معنى لزوم العقد ، هو ألا يملك أحد المتعاقدين فسخه بدون رضا الآخر، فالعقد اللازم متى وجد مستكملاً لأركانه وشرائطه كانت له قوة لا يستطيع أحدهما رفعها ، فلو اقتصر في شرعية هذا النوع من العقود على هـذا القدر لوقع الناس في حرج بين، فقد يكون الشخص غير خبير بأحوال التعامل فيحتاج إلى التروي أو المشاورة في أمر سلعة أقدم على شرائها متسرعاً لئلا تفلت منه فرصة الحصول عليها إن هو أخر شراءها إلى ما بعد التروى ، وقد يضطر إلى شراء شيء من غير أن يره معتمداً في ذلك على وصف الطرف الآخر وترغيبه فيـه ، فإذا ما رآه وجده لا يوافق رغبته ، أو أنه بولغ في وصفه وقد يجد عيباً خفي عليه حين التعاقد .

ومن أجل ذلك كله جعل الشارع لأحـد المتعاقدين ، أو كليهما حق فسخ العقد بعد تمامه تفادياً لهذا الحرج ، ورفعاً للأضرار التي تلحقه لو لم يبح له هذا الحق ، وحق الفسخ هذا هو المعروف في الفقه الإسلامي بالخيار .

والخيار مفرد الخيارات وهو مأخوذ من الاختيار . ومعناه في لغة العرب طلب خير الأمرين أو الأمور .

والفقهاء يريدون به معنى يقرب من المعنى اللغوي . وهو أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما الحق في تخير أحد الأمرين . إمـا امضاء العقد وتنفيذه . أو فسخه ورفعه من أساسه .

وهذه الخيارات منها ما ورد به نص خاص. كخيار الشرط . وخيار الرؤية ومنها ما ثبت بمقتضى القواعد العامة . كخيار فوات الوصف والتغرير . ومنها ما ثبت بالقياس . كخيار النقد والتعيين . ولذلك نجد الفقهاء لم يتفقوا إلا على بعضها فقط ، وباقيها كان مجالاً لاختلاف الاجتهادات .

ومن ناحية أخرى نجد بعد هذه الخيارات يثبت بإيجاب الشارع حتى ولو لم يشترطه المتعاقدان . كخيار الرؤية وخيار العيب ، ومنها ما يتوقف ثبوتـه على اتفاق العاقدين ، فلا يثبت إلا بالاشتراط كخيار الشرط وخيار التعيين . كما أن الفسخ الذي يثبت بهذه الخيارات قد يثبت متى أراد صاحب الخيار بدون توقف على قضاء القاضي . كما في خيار الشرط والرؤية ، وقد يتوقف على قضاء القاضي – على الخلاف – فلا يثبت قبله . كما في خيـار العيب ، لأن العيوب الموجبة للفسخ تحتاج إلى تقدير خاص لا يكفي فيه نظر العاقدين .

وأنواع الخيارات كثيرة اختلف الفقهاء في عدها .

فابن نجيم المصري الحنفي عدها في البحر الرائق [1] في أول خيار الشرط ثلاثة عشر ، وفي الأشباه والنظائر [2] في أحكام الفسوخ عدها ثمانيـة عشر ، وصاحب الدر المختار [3] يعدها تسعة عشر .

---

(١) جـ ٦ ص ٢ وما بعدها .

(٢) جـ ٢ ص ١٩٤ وما بعدها .

(٣) جـ ٤ ص ٩٦ وما بعدها مع حواشي ابن عابدين ، وراجع في ذلك أيضا جامع =

لكن هذه الخيارات على كثرتها نجد بعضها يتداخل في بعض ، كما أن بعضها يختص بعقد من العقود ، وبعضها يكون في أكثر من عقد، وهانحن الآن نقتصر على بعضها ، وهي خيار الشرط والعيب ، والرؤية ، والتعيين والنقد ، بعد أن أشرنا فيما سبق الى خيار الوصف ، والغبن والتغرير .

= الفصولين فانه قد خصص فصلا طويلا في كتابه للخيارات، وهو الفصل الخامس والعشرون بين فيه أنواع الخيارات والعقود التي يصح فيها كل نوع جـ ١ من ص ٢٣٨ إلى ٢٦٢ .

خيار الشرط

معناه ، مشروعيته ، مدته ، لمن يثبت ،
العقود التي يدخلها ، أثره في العقد ، انتهاؤه

خيار الشرط : هو أن يكون لأحد العاقدين [1] أو لكليهما أو لغيرهما الحق في امضاء العقد أو فسخه في مدة معلومة [2] إذا شرط ذلك العقد :

فاذا قال البائع للمشتري مثلاً : بعت لك هذه الدار بألف جنيه على أني بالخيار مدة ثلاثة أيام ، وقبل المشتري كان للبائع الحق في فسخ العقد في هذه المدة . فاذا مضت المدة من غير أن يعلن رأيه في الإمضاء ، أو الفسخ سقط حق الفسخ ولزم العقد .

ولا يلزم في ثبوت الخيار أن يشترطه الشخص لنفسه ، بل يثبت أيضاً إذا شرطه الطرف الآخر له ، كأن يقول البائع : بعت لك هذا الشيء بثمن قدره كذا على أنك بالخيار مدة أيام ثلاثة ، فإذا قبل المشتري كان الخيار له .

(١) سواء كان عاقداً لنفسه أو لغيره . كالوكيل والوصي ، أو شريكاً أو مضارباً راجع شرح المجلة جـ ٢ ص ٢٣٥ .

(٢) قيدنا بذلك لأنه بمضي المدة يلزم العقد ويفوت التخيير . والتحقيق . أن الخيار موضوع لاختيار الفسخ لا للإجازة عند الحنفية .

فهذا الخيار كما يدل عليه اسمه لا يثبت إلا بالشرط عند جمهور الفقهاء فسببه هو الاشتراط ، وعند الامام مالك يثبت إما بالشرط [1] أو بالعادة على معنى أنه لو جرت عادة الناس بثبوت الخيار في سلعة من السلع ثبت الخيار فيهـا من غير شرط .

وخيار الشرط مشروع مع كونه مخالفاً لمقتضى العقد ، وهو لزومه بمجرد تمامه لورود النص بإباحته ، وهو ما روى أن حبان بن منقذ الأنصاري كان يغبن في البياعات فشكاه أهله إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجاء أن يحجر عليه ، ويمنعه من البيع والشراء ، فقال له رسول الله : « إذا بايعت فقـل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام » ، ومعنى لا خلابة ،لا غش ولا خديعة ـ والحديث صريح في تشريع الخيار لمعنى معقول وهو الاستيثاق والتأكيد من أن هذا العقد لا غبن فيه ليكون الرضا به تامـاً ، وليس في الحديث ما يفيد أنـه خصوصية لحبان .

مدته : الحديث السابق جعل المدة ثلاثة أيام وعليهـا اقتصر بعض الفقهاء كأبي حنيفة والشافعي ، فلا يصح عند هؤلاء أن تزيد المدة عـلى ثلاثة أيام ، ووجهتهم في ذلك أن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد فكان الأصل فيه الفساد لولا ورود النص وحينئذ يقتصر فيه على مورد النص ، فاشتراط أكثر من الثلاثة مفسد له . إلا أن هذا الفساد يرتفع بارتفاع سببه عند أبي حنيفة فيما إذا أجاز العقد قبل مضي الثلاثة خلافاً للشافعي .

وذهب آخرون كأبي يوسف ومحمد والإمام أحمد إلى أنه لا يقيد بالثلاثة ، بل يجوز إلى أكثر منها حسب اتفاق العاقدين ،لأن الخيار شرع للتروي والمشورة ولتفادي الوقوع في الغرر والخديعة ، وقد لا تكفي الأيام الثلاثة والأمر يختلف

---

(١) راجع شرح الرسالة للنفراوي جـ ٢ ص ٢٥٣ وما بعدها .

باختلاف الأشخاص والسلع ، فيترك الأمر إلى تقدير المتعاقدين واتفاقهما حين التعاقد على مدة معلومة يمنع وقوع التنازع فيما بعد ، قالوا وتقدير الرسول لحبان ثلاثة أيام لأنها كانت كافية له ، لا لأنه لا يجوز أكثر منها .

والإمام مالك يرى أن المدة تختلف باختلاف السلع ، فلا تقيد بالثلاثة كما في المذهب الأول ، ولا تفوض إلى تقدير العاقدين كما في المذهب الثاني .

يقول ابن أبي زيد في رسالته : « والبيع على الخيار جائز إذا ضربا لذلك أجلاً إلى ما تختبر فيه تلك السلعة . أو ما تكون فيه المشورة . ووجهة هذا الرأي : أن الخيار مشروع للتروي أو المشاورة . ولذلك يسمونه خيار التروي وهذا يختلف عادة باختلاف السلع ، وقدر عندهم في بعض السلع بيوم أو بيومين ، وفي بعضها بثلاثة ، وفي بعضها بأسبوع ، وفي أخرى بشهر ، وفيما يتغير بالمكث كالفواكه والخضروات تقدر المدة بالزمن الذي لا تتغير فيه .

وإذا كان المعيار عند المالكية هو أن تكون المدة مناسبة فينبني على ذلك أنه لو حدد العاقدان مدة أكثر أو أقل ردت المدة إلى المتعارف ، ومثل ذلك ما إذا كانت المدة مجهولة [١] ، كأن يقول : أنت بالخيار متى تشاء ، فإن العقد يصح وتتحدد المدة بما يتناسب مع المعقود عليه .

وخالف الأئمة الآخرون . وقالوا : إن شرط الخيار مع جهالة المدة شرط فاسد فيفسد الشرط وحده عند من لا يرى فساد العقود بمثل هذا الشرط الفاسد كالحنابلة [٢] فيصح العقد ، ويكون لا زماً عندهم ، ويلغو

---

(١) ففي بداية المجتهد ج ٢ ص ١٨٢ قال مالك : يجوز الخيار المطلق ولكن السلطان يضرب فيه أجل مثله ،

(٢) في المغني ج ٣ ص ٥٨٩ . عند أحمد أنه يصح . وهما على خيارهما أبداً أو يقطعاه : وهو قول ابن شبرمة .

الشرط وحده .

وعلى أصل الحنفية الذاهبين إلى أن الشرط الفاسد في عقود المعاوضات المالية يتعدى فساده إلى العقد يحكم بفساد العقد أيضاً .

لمن يثبت ؟ لا خلاف بين الفقهاء في أن خيار الشرط يثبت للعاقدين . أو لأحدهما بالشرط سواء شرطه الشارط لنفسه أو شرطه للعاقد الآخر ، ولكن الخلاف في اشتراطه لأجنبي ، كأن يقول للبائع : بعت لك هذه السلعة بكذا على أن الخيار لفلان « شخص يسميه » مدة ثلاثة ايام ، ويقبل الآخر ، فهذه الصورة أجازها جمهور الفقهاء ، أبو حنفية وصاحباه ، ومالك وابن حنبل[1] وهو أحد قولي الشافعي ، وخالف فيها زفر وقال : إنه لا يجوز ، وهو القول الآخر للشافعي ، ووجه هذا الرأي ، أن الخيار كأثر من آثار العقد ، وحكم من أحكامه ، ولا يصح أن يجعل شيء من ذلك لغير العاقدين .

ولكن الجمهور يقررون الحق في اشترط الخيار ثابت أولاً للعاقد ، فهو حق مقرر له ، فاذا جعله لغيره كان هذا بطريق الانابة والتوكيل ، والتوكيل جائز ولا يترتب عليه جعل حقوق العقد وأحكامه لمن شرط له الخيار ، ولأنه يجوز لأحد العاقدين إذا شرط لنفسه الخيار أن يوكل غيره في إمضاء العقد ، أو فسخه بالاتفاق ، فاذا جاز أن ينيب غيره بعد العقد جاز له أن ينيبه في أثناء العقد وما دام الاشتراط للأجنبي من باب الإنابة يكون الخيار للاثنين. للشارط باعتباره أصيلا ولمن شرط له باعتبار نائباً ووكيلا .

وإذا ثبت الخيار لهما فأيهما أجاز العقد أو فسخه نفذما اختاره ، وإن أجازه أحدهما وفسخه الآخر نفذ السابق منها ، لأنه إن كانت الإجازة هي السابقة

---

(1) المغنى حـ ٣ ص ٥٨٧ .

جاء الفسخ ووجد العقد لازماً فلا يعمل شيئاً ، وإن كان الفسخ هو السابق لم تجد الاجازة عقداً تلحق به ؛ وإذا لم يعلم السابق رجح الفسخ . لأنه أقوى ، وقيل يرجح تصرف العاقد . لأنه الأصيل .

العقود التي يدخلها خيار الشرط: هذاالخيار ثبت ابتداء في عقدالبيع،وفيه ورد حديث شرعيته ، فألحق به كل ما في معناه ، وعلى ذلك قرر فقهاء الحنفية[1] أن خيار الشرط يثبت في العقود اللازمة القابلة للفسخ التي لا يشترط في صحتها القبض في المجلس ، ولو كان لزومها من جانب واحد ، فهذه قيود ثلاثة لا بد منها في العقد الذي يقبل الخيار ، فإن اختل واحد منها لا يصح اشتراطه .

فالعقود غير اللازمة ، كالوكالة ، والوديعة ، والعارية والهبة ، والوصية لا تقبل الشرط ، لأنها قابلة للفسخ من أحد العاقدين من غير شرط ، فلا معنى لاشتراطه فيها .

والعقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ ، كالزواج والخلع والطلاق والرجعة لا تقبله أيضاً ، لأن مقتضاها ترتب آثارها عليها ولزومها بمجرد وجود العبارة الداله على إنشائها ، وخيار الشرط يؤخر ثبوت الآثار بالنسبة لمن ثبت له ، أو يؤخرا للزوم على الخلاف ، فهذه العقود بطبيعتها تأبى قبول الخيار للمنافاة التامة بينها .

---

(١) قسم ابن قدامة في المغنى العقود بالنسبة لقبولها لشرط الخيار تقسيما يتفق في أغلب أنواعه مع تقسيم الحنفية ويخالفه في بعضها . فخالفه مثلا في العقود اللازمة من جانب واحد حيث جعلها مما لا تقبله ، كما خالفه في الكفالة والحوالة كذلك ، وتعليله يفهم منها أنها عندهم من العقود غير اللازمة ، ومع ذلك فالقدر المتفق عليه ، أنه لا يكون في كل العقود ، بل في بعضها فقط ، راجع جـ ٣ ص ٥٩٤ ، ٥٩٥ .

والعقود التي تقبل الفسخ ، ولكن يشترط في صحتهاالقبض في مجلس العقد كالسلم والصرف[1] لا يدخلها خيار الشرط ، لأن الخيار يؤخر الأحكام ، ومنها وجوب القبض في المجلس ، وعدم القبض مفسد لهذه العقود ، فيكون بين الخيار وصحه تلك العقود منافاة فلا يصح اشتراطه .

فإذا توفرت القيود الثلاثة في عقد من العقود قبل خيار الشرط ، وذلك كالبيع والإجارة والمزارعة والمساقاة ، والصلح على مال ، والقسمة والكفالة والحوالة والرهن إذا شرطه الراهن ، للزومه في جانبه .

وإذا ثبت الخيار لأحد العاقدين ملك إمضاء العقد وفسخه في أي وقت شاء في مدة الخيار ، فإذا مضت المدة من غير اختيار أحد الأمرين نفذ العقد ولزم .

ولا يلزم في الإمضاء أو الفسخ لفظ معين ، بل يصح أن يكون بأي لفظ يدل عليه ، فإذا قال : أمضيت العقد أو أنفذته ، أو اخترت نفاذه ، أو لاأريد فسخه نفذ العقد ، وكذلك في جانب الفسخ . وكما يصح كل منهما باللفظ يصح أن يكون بالفعل الدال عليه ، أو المتضمن له ، فإذا باع شخص سيارة لآخر على أنه بالخيار ، وفي مدة الخيار باعها لشخص غير الأول أو رهنها فإن هذا يكون فسخاً للعقد، وإذا تصرف المشتري المشروط له الخيار في البيع محل العقدتصرف المالك بأن آجره لغيره أو رهنه ، أو باعه يعتبر ذلك منه إمضاء للعقد .

وإمضاء العقد أو فسخه ينفذ إذا صدر من صاحب الخيار سواء كان بالقول أو بالفعل علم بذلك الطرف الآخر أولا .

وخالف أبو حنيفة ومحمد في صورة الفسخ بالقول فشرطا لنفاذه أن يكون

(١) يشترط لصحة السلم قبض رأس المال في مجلس العقد ، كما يشترط في الصرف قبض البدلين ، فلو تفرقا قبل القبض فسد العقد ؛

بحضرة الطرف الآخر ، أو أن يعلم به قبل انقضاء مدة الخيـار ، فاذا لم يتحقق ذلك الشرط وانقضت مدة الخيام لزم العقد ، ولا يترتب على هذا الفسخ أي أثر وعلل هذا الرأي بأن الفسخ من غير إعلام الطرف الآخر قـد يلحق به ضرر ، لأن المشتري قد يتصرف في المبيع ظناً منه أن البائع باق على عقده فيجب عليه الضمان ، والبائع قد يسكت عن البحث عن مشتر آخر لسلعته اعتقاداً منه أن المشتري لم يفسخ العقد ، فاشتراط العلم من الطرف الآخر يمنع وقوع هذا الضرر، ولا شك أن الأول أوجه ، لأنه متى ثبت حق الفسخ باتفاق العاقدين فلا معنى لتقييده بشيء آخر بعد ذلك .

هذا إذا كان الخيار لواحد ، أما إذا كان الخيار لهما معاً ملك كل واحد منهما إمضاء العقد وفسخه ، فاذا فسخه أحدهمـا انتهى العقد ، ولم يبق لخيار الآخر وجه ، لأن بقاءه كان مرهوناً ببقاء العقد ؛ فلمـا زال العقد سقط ذلك الخيار ، وإذا أمضاه أحدهما بقي الآخر على خياره لوجود العقد ، فان أمضاه نفذ ولزم وإن فسخه بطل ، لأن حق كل منهما تام ومستقل عن الآخر .

أثر الخيار في العقد : لا نزاع بين الفقهاء في أن الخيار يؤثر في العقد ، فيمنع لزومه بالنسبة لمن له الخيار حق يبت فيه بالامضاء فيلزم ، ولكنهم اختلفوا في أن هذا العقد تترتب عليه آثاره وأحكامه أولاً .

فذهب الحنفية والإمام مالك ، ووافقهم أحمد في قول عنه إلى أن أحكام العقد لا تترتب عليه ما دام الخيار قائماً ، فاذا كان الخيار للبائع لا يخرج المبيـع عن ملكه ، ولا يجبر المشتري على دفع الثمن ، وإذا كـــان الخيار للمشتري لا يخرج الثمن عن ملكه ، ولا يلزم البائـع بتسليم المبيـع إليه ، ووجهتهم في ذلك ، أن العقد في أصل وضعه لازم ، والخيـار منـع لزومه بالاتفاق ، والأحكام التي تترتب على العقد اللازم غير الأحكام التي تترتب على العقد غير اللازم ، فلو قلنا بترتب الأحكام على العقد المشروط فيه الخيار لكنا مرتبين أحكامـاً عليه غير

أحكامه . على أن من شرط الخيار لنفسه لم يتم رضاه بالعقد ، والأحكام لا توجد إلا مع الرضا التام .

وذهب الحنابلة في[1] أظهر القولين عندهم إلى أن الأحكام تترتب على هذا العقد ، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما وهو قول للشافعي[2] . لأنه عقد صحيح نافذ ، وهو سبب صحيح لترتب الأحكام عليه ، ولا يوجد مانع يؤخر ثبوت هذه الأحكام ، وأثر الخيار قاصر على منع اللزوم فقط لا يتعداه إلى شيء آخر .

وثمرة الخلاف تظهر في مؤنة المبيع والزيادة فيه ، فعلى الرأي الأول تكون المؤنة على البائع والزيادة له ، وعلى الرأي الثاني تكون المؤنة على المشتري ، والزيادة له .

ثم إن الحنفية قرروا بالاتفاق أن من له الخيار لا يخرج الشيء الذي تعلق به العقد من ملكه ، وان من لا خيار له بالعكس يخرج الشيء من ملكه ، ولكنهم اختلفوا في دخوله في ملك الآخر ، وهو صاحب الخيار ، فأبو حنيفة يرى أنه لا يدخل في ملك الآخر ، لئلا يجتمع البدلان في ملك واحد ، وليس له نظير ، بل يبقى موقوفاً حتى يبت في العقد ، فان أمضى ظهر أنه دخل في ملكه من وقت صدور العقد ، وإن فسخ ظهر أنه ملك لصاحبه .

ويرى الصاحبان أنه يدخل في ملك الآخر تفادياً من وجود مال متقوم لا مالك له .

انتهاء الخيار : ينتهي خيار الشرط بأمور : ١ — امضاء العقد أو فسخه في

---

(١) راجع المغني لابن قدامة جـ ٤ ص ٧٥١ .

(٢) والقول الثاني للشافعية : أن الأحكام تترتب إذا كان الخيار لواحد منهما . واذا كان لهما معاً توقفت الأحكام حتى يبت في العقد .

مدة الخيار سواء كان ذلك صريحاً أو دلالة كما سبق بيانه .

٢ – مضى مدة الخيار من غير اختيار أحد الأمرين .

٣ – تعيب محل العقد أو هلاكه في يد المشتري بعد قبضه إذا كـان الخيار له ، ذلك لأن فسخ العقد بعد القبض موجب لرد المقبوض، وبعد هلاكه لايمكن رده ، وإذا تعيب يمتنع رده ، وحينئذ لا يكون هناك معنى لإبقـــاء الخيار ، ويستوي في ذلك الهلاك بفعل من له الخيار أو بفعل غيره أو بآفة سماوية .

٤ – زيادة محل العقد بعد قبضة زيادة متصلة سواء أكانت متولدة منه كسمن الحيوان ، أم لا . كالبنـــاء والاشجار – أو زيادة منفصلة متولدة منه كولد الحيوان وثمرة البستان .

٥ – موت من له الخيار عند الحنفية والحنابلة ؛ لأن خيار الشرط لا يورث عندهم ، لأنه رغبة ومشيئة ، ومثل هذا لا يخلف الوارث فيه المورث .

والمالكية والشافعية على العكس من ذلك يذهبون إلى وراثة هذا الخيـار لأنه حق متعلق بالمال ، وأثر من آثار العقد ، وليس من الحقوق الشخصية (١) .

---

(١) أبان ابن رشد في بدايـة المجتهد سبب الخلاف في هذا الموضع فقال : « ان الأصل عند المالكية والشافعية هو أن الحقوق تورث كالأموال إلا ما قام الدليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال ، وأن الأصل عند الحنفية هو أن يورث المال دون الحقوق إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال ، فموضع الخلاف هو . هل الأصل أن تورث الحقوق كالأموال أولا ، ثم لما بين اختلافهم في وراثة بعض الخيارات واتفاقهم على البعض الاخر قال : إن سبب اختلافهم هو . أن من انقدح له في شيء منها أنه صفة للعقد ورثه ، ومن انقدح له أنه صفة خاصة بذي الخيار لم يورثه » راجع بداية المجتهد ج ٢ ص ١٨٤ .

وراجع أيضاً الفروق للقرافي ج ٣ ص ٢٨٣ وما بعدها .

خيار العيب

معناه . سببه . مشروعيته . شروطه . حاجته إلى الرضا أو القضاء . وقته . العقود التي يدخلهـــا . أثره في العقد . موانعه . متى يرجع بالنقصان عند امتناع الرد

خيار العيب : هو أن يكون للمتملك الحـق في إمضاء العقد أو فسخه إذا وجد عيباً في محل العقد المعين بالتعيين لم يطلع عليه عند التعاقد .

فسببه إذن ظهور عيب كان موجوداً بمحل العقد قبل أن ينتقل إلى يد المتملك ولم يظهر منه ما يدل على رضاه به ، وإنما ثبت له هذا الحق في تلك الحـــالة لانعدام رضاه بالعقد حيث كان يبغي السلامة في المعقود عليه ليكون انتفاعه به انتفاعاً تاماً ، فلما فاتت سلامته بوجود العيب أثبت الشارع له حرية الإبقاء على العقد ، أو إلغائه ، فإن شاء تمسك بحقه كاملاً وأزال عن نفسه هذا الالتزام مـا لم يوجد مانــع يمنع من ذلك ، وإن شاء تغاضى عما يصيبه من ضرر ، وأبقى العقد كما كان .

ولذلك نجد الشارع في أحاديث كثيرة يحذر من الغش ، ويرشد المتعاملين إلى أن يكشفوا عما في سلعهم من عيوب حتى لا يلحقوا الضرر بمن تعامـــل معهم [1] .

---

(١) من هذه الأحاديث ما رواه مسلم من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر برجـل يبيع طعاماً فأدخل يده فيه فإذا هو مبلول ، فقال : « من غشنا فليس منا » وفي حديث آخر يقول : « لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب إلا بينه له » .

وأخيراً ترفع إليه قضية بين رجلين ابتاع أحدهما من صاحبه غلاماً، فلما أقام عنده مدة من الزمن وجد به عيباً فأراد رده إلى من اشتراه منه فأبى الآخر فيحكم رسول الله برد الغلام على مالكه الأول . فيعلل ذلك الرجل قائلاً : يا رسول الله لقد استغل غلامي هذا : فيقول رسول الله له، « الخراج بالضمان »[1].

العيب الذي يثبت به الخيار: وإذا كان السبب في ثبوت هذا الحق هو فوات الرضا كما بينا، فلا يكون كل ما يصدق عليه اسم العيب موجباً للخيار، بل لابد وأن يكون له أثر في رضا العاقد ، والفقهاء يختلفون في تحديده .

فالحنابلة يفوضونه إلى العرف ، فيقولون إنه نقيصة يقتضي العرف سلامة المبيع منها غالباً .

والحنفية في أغلب كتبهم يذهبون إلى أنه العيب الذي تنقص بسببه قيمة الشيء عند التجار ، وأهل الخبرة أي نقص ولو كان يسيراً [2]

والشافعية يقولون : إنه العيب الذي تنقص بسببه القيمة، أو يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب عدم وجوده في مثل هذا المحل ، فاذا اشترى شخص ثوباً أو حذاء فوجده ضيقاً كان ذلك عيباً يثبت معه خيار الرد له وإن

---

(١) هذا حديث صحيح رواه أحمد وأصحاب السنن الخمسة . أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وابن حبان » كما يقول صاحب الأشباه وموضوع الحديث : أن الشيء الذي تكون مؤنته على شخص وإذا تلف يكون تلفه عائدا عليه يقال لذلك الشيء إنه في ضمانه : وبمقابلة هذا تكون منافعة خاصة به سواء انتفع بها أو تنازل عنها، وهذا العبد كان في ضمان مشتريه في هذه الفترة لأن مؤنته كانت عليه ، ولو تلف يكون تلفه من ماله لا يرجع على غيره بشيء ، فما أخذه من غلته وأجرته كان مباحا له بسبب هذا الضمان ويسري هذا الحكم في كل شيء رده مشتريه بسبب عيب بعد أن قبضه واستغله من غير أن يعلم بما فيه من العيب . راجع شرح المجلة العدالية للاتاسي ج ١ ص ٢٤٠ .

(٢) هذا في التحقيق راجع إلى التفويض للعرف لأن المقصود من الشيء ماليته ، فإذا وجد به ما ينقص قيمته كان عيبا ، والنقص في القيمة لا يعرفه إلا التجار .

لم يتسبب عنه نقصان القيمة .

وهنا نجد ابن عابدين الحنفي يقول: إن تعريف الحنفية مبني على الغالب فيجب تقييد هذا الضابط بما قيده[1] به الشافعية .

وأنت ترى أن رأي الحنابلة أحسن الآراء ، لأن الشيء إذا لم يحدده الشارع يكون مفوضاً إلى العرف :

شروط ثبوت الخيار بالعيب: يشترط لثبوت هذا الخيار بعد تحقق العيب شروط :

١ – أن يكون ذلك العيب موجوداً في محل العقد قبل أن يتسلمه المتملك سواء كان وجوده سابقاً على العقد، أم حدث بعد العقد وقبل القبض، فاذا كان العيب الذي ظهر حدث عند المشتري لا يكون له الخيار ، لأن المعقود عليه وصل إلى يده سليماً وهو ما يقتضيه العقد ، فلا معنى لثبوت الخيار في هذه الحالة .

٢ – ألا يرضى المتملك بذلك العيب ، وهذا الرضى يتحقق بعلمه بوجود العيب وقت التعاقد، أو بتصرفه في المعقود عليه تصرف المالك بعد علمه بوجوده وهو تحت يده .

٣ – ألا يزول ذلك العيب بعد القبض ، فاذا اشترى حيواناً مريضاً بمرض خفي عليه حين التعاقد ، ثم ظهر له بعد القبض ، لكنه شفي من هذا المرض

---

(١) يقول الاتاسي في شرح المجلة ج ٢ ص ٢٩٥ تعليقا على كلام ابن عابدين : إن الزيادة في التعريف مبنية على عدم التفرقة بين خيار الوصف وخيار العيب كما ذهب الشافعية ، ولكن الحنفية يفرقون بينهما ، وحينئذ لا داعي للزيادة في التعريف » اهـ ملخصا .

قبل طلب الفسخ أو بعده ، وقبل أن يقضي به سقط حقه في طلب الفسخ ، لأن الموجب للخيار هو فوات السلامة المعدمة الرضا ، وبعد زوال المرض عادت السلامة فيعود معها الرضا .

٤ – ألا يشترط المملك في العقد براءته من العيوب التي تظهر في محل العقد كأن يقول له : بعتك هذا الحيوان ولست ملزماً بما فيه من العيوب أو ليس لك حق الرد بخيار العيب ، وقبل المشتري ذلك ، فانه لا يملك فسخ العقد بأي عيب عند الحنفية ، ويوافقهم الشافعية في أحد القولين عندهم .

وخالف المالكية والحنابلة في ذلك وقرروا أن هذا الشرط غير صحيح ، فإذا ظهر العيب القديم الموجب للرد ، كان للمشتري خيار الرد ، ولا أثر للشرط السابق ، واستثنى الحنابلة العيب الخاص الذي يسميه البائع ويبرئه المشتري منه فيمتنع الرد به ، والمالكية استثنوا بيع الرقيق ، وبيع الحاكم على المفلس ، وبيع الوارث لقضاء دين ، أو تنفيذ وصية ، فإن شرط البراءة فيها صحيح ، فلا يثبت الرد لمن قبل هذا الشرط .

تلك هي شروط ثبوته ، فاذا تحققت الشروط ثبت الخيار من غير اشتراطه في العقد عكس خيار الشرط ، لأنه حق أثبته الشارع فلا حاجة إلى اشتراطه صراحة .

هل يحتاج الفسخ فيه الى التراضي أو القضاء : يذهب[1] الشافعية والحنابلة الى أن صاحب الخيار يملك فسخ العقد ورد المعقود عليه الى مالكه الأول من غير توقف على رضاه أو حضوره أو حكم حاكم سواء كان الرد قبل القبض أو بعده ، فمتى أعلن فسخ العقد أصبح غير مسئول عن المبيع .

والحنفية يفصلون في المسألة فيقولون : إن كان الرد قبل القبض ، وفي

(١) راجع نهاية المحتاج وكشاف القناع في هذا الموضوع .

حضرة الطرف الآخر انفرد به صاحب الخيار . على معنى أنه لو قـال بحضرة العاقد الآخر : أبطلت العقد أو فسخته بطل العقد وانفسخ وإن لم يقبل الاخر وإن كان في غيبته لا ينفسخ إلا إذا علم به ، وإن كان بعد القبض فلا بـــد في بطلان العقد من رضا الاخر أو قضاء القاضي عند إبائه(١) .

والسبب في هذه التفرقة : أن العيب الذي ظهر بعد القبض يحتمل أن يكون جديداً لا يوجب الرد كما يحتمل أن يكون قديماً موجباً له ، ومثل هذا يكون مثار نزاع غالباً بين المتعاقدين ، بخلاف العيب الذي ظهر قبل القبض ، فانه لا يستطيع المملك إنكاره أو دعوى حصوله عند المتملك ، فلا يتصور فيه نزاع ، فثبت الحق لمن له الخيار منفرداً .

ثم إن رضا المملك بالرد عنـــدهم كما يتحقق بالقول يتحقق بالفعل كتسلم المعقود عليه من المتملك عند رده عليه .

وقت هذا الخيار : ليس لهذا الخيار وقت محدد عقب العقد كمـــا في خيار الشرط بل ذلك يثبت متى ظهر العيب الموجب الرد حتى ولو كان بعد العقد بزمن طويل وهذا القدر لا خلاف فيه بين الفقهاء ، وإنما الخلاف بينهم في أمر آخر هو . هل يجب على الفور بمجرد ظهور العيب ، أو على التراخي ؟

فالشافعية والمالكية يشترطون أن يكون على الفور ، فتأخر الرد بدون عذر مسقط لحقه في الرد ، إلا أن المالكية قدرو الفـــور بيومين ، وما زاد يكون تراخيا مـــا لم يوجد عذر ، والشافعية فوضوه إلى العرف ، فما تعارفه

(١) والفسخ بالتراضي بعد القبض يعتبر فسخاً للعقد في حق المتعاقدين بيعا جديدا بالنسبة لغيرهما فيثبت حق الشفعة حينئذ للشفيع اذا كان المبيع عقارا وفي غيره هذه الصورة يكون الرد فسخا في حق العاقدين وفي حق غيرهما وعلى ذلك لا تثبت فيه الشفعة .

الناس تراخياً في الرد يسقط الخيار ، وما لم يتعارفوه كذلك فـوراً غير مسقط له .

والحنفية والحنابلة لا يشترطون الفورية ، بل يجوز عندهم على التراخي ، فمتى ثبت الحق استمر ، وله أن يستعمله في أي وقت شاء طال الوقت أم قصر ما لم يوجد ما يدل على التراضي ، لأن هذا الخيار شرع لدفع الضرر المتحقق فلا يبطل بالتأخير إلا إذا اقترن التأخير بما يدل على الرضا ، ولأن الأصل في الحقوق إذا ثبتت أن تستمر ما لم يوجد توقيت لها ، وهو لم يوجد حيث لا دليل عليه

العقود التي يدخلها خيار العيب : وخيار العيب يثبت في عقود المعاوضة التي يكون فيها المعقود عليه معيناً بالتعيين (أى مشخصاً) ، أمـا عقود غير المعاوضة ، وعقود المعاوضة التي يتعين المعقود عليه فيها بالوصف فـلا يدخلها خيار العيب ، لأن المعقود عليه إن تحققت أوصافه قبضه ، وإن لم تتحقق هذه الأوصاف فلا يكون محل العقد موجوداً .

ومن هنا قالوا : إنه في عقد البيع الوارد على عين مشخصة ، والإجارة كذلك ، وقسمه الأعيان القيمية ، والصلح إذا كان بدله عيناً مشخصة ، فـإذا وجد عيب في المعقود عليه في عقـد من هذه العقود الأربعة سواء كان العيب فاحشاً أو يسيرا ثبت الخيار لمتملكه ، إن شاء أبقى العقد وإن شاء فسخه .
وهناك أمور أخرى يثبت فيها خيار العيب بشرط أن يكون العيب فاحشاً وهي المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد[1]

أثره في العقد : هذا الخيار لا يؤثر في ترتب أحكام العقد باتفاق الفقهاء ، بل الأحكام تترتب عليه بمجرد تمامه لا يؤخرها ثبوت ذلك الخيار ، وإنما أثره

(١) راجع شرح المجلة جـ ٢ ص ٢٨٩

يظهر في لزوم العقد فيمنعه بالنسبة إلى من ثبت له الخيار ،وهو في هذه الحالة مخير بين أمرين ، إما إمساك المعقود عليه ، والرضا به كما هـو فيلزم العقد في جانبه حينئذ ، وإما رده إلى مالكه الأول ، فيبطل العقد ويصير كأن لم يكن وليس له أن يمسك محل العقد ويطالب بالنقصان ، لأن السلامة من العيب وصف والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بالعقد لكونهـا تابعة للمعقود عليه ، إلا إذا صارت مقصودة فيقابلها[1] جزء منه ، ولكن إذا رضي البائع بدفع قيمة النقص في نظير عدم رد المبيع المعيب عليه جاز ذلك ويجعل حطا من الثمن وهو جائز مشروع .

وحق الرد ثابت ما لم يوجد مانع يمنع منه ، والموانع كثيرة ، منها :

١- إذا رضي بالعيب ، لأن الرضـا بـه دليل على سلامـة المعقود عليه ليست مقصودة له ، ولا يتوقف رضاه بالعقد عليها ، وحينئذ لا يكون هناك معنى لإثبات الخيار ، لأن الاصل هو لزوم العقد ، ويستوي في ذلك الرضـا الصريح . كأن يصدر منه قول يدل على ذلك ، نحو رضيت بالعيب ،أو أمضيت العقد ، أو التزمت به ، وما شاكل ذلك : والرضا دلالة ، كأن يتصرف فيه تصرف المالك – بعد أن يعلم بالعيب بأن يؤجره لغيره ، أو يرهنه ، أو يعيره أو يستغله هو بنفسه كما إذا كانت دابة فركبها ، أو قماشاً فقطعه ليخيطه ثوباً أو ثوباً فصبغه ، وكذلك لو أخرجه عن ملكه بالبيع أو الهبه سواء كان عالماً بالعيب ، أو غيره عالم به ، لأنه بتملكه للغير تعلق به حق لذلك الغير ، فيمنع

---

(١) تصير مقصودة بأحد أمرين : ١ – الاتلاف من البائع كما اذا عيبه بيده قبل القبض - ٢ – بالمنع حكما اذا امتنع الرد لحق البائع أو لحق الشرع بان نقص أو زاد في يد المشتري ، راجع شرح المجلة ج ٢ ص ٢٩٣ ، ٢٩٤ ، « وسياتي توضيح ذلك قريبا » .

الرد محافظة على ذلك الحق [1] .

٢ – إذا أسقط الخيار صريحاً . كأن يقول : أسقطت الخيار ، أو دلالة ، كما إذا أبرأه من هذا العيب فإن الإبراء يحمل في طيه إسقاط الخيار .

٣ – إذا تعيب المعقود عليه بعيب جديد في يد من له الخيار ، سواء كان هذا العيب نقصاً في ذاته ، أو بما ينقص قيمته ، وهذا المنع – كما ترى – مراعاة لحق المالك الأول ، وإذا كان التعيب مانعاً من الرد لما فيه من الضرر . فلا يتصور بعد هلاكه ، وقريب من هذا ما إذا تغير تغيراً تاماً ، كأن يكون قمحاً فطحنه ، أو دقيقاً فعجنه ، وما شاكل ذلك .

٤ – زيادة المعقود عليه في يد من له الخيار زيادة متصلة غير متولدة منه كصبغ الثوب ، والبناء وغرس الأشجار في الأرض ، أو زيادة منفصلة متولدة منه ، كالولد واللبن والصوف من الحيوان ، والثمر من الشجر إذا كانت حاصلة بعد القبض ، وما عدا ذلك من أنواع [2] الزيادة لا يمتنع معها الرد .

أما امتناع الرد في الصورة الأولى ، فلأن الرد لا يكون إلا لمحل العقد وحده حتى يكون فسخاً ، وهذه الزيادة لا يمكن فصلها عن محل العقد ، فيتعذر رد المحل وحده ، فلو رده كانت الزيادة معه فيكون رباً .

وأما امتناعه في الصوة الثانية فلأن الرد في هذه الحالة إن كان بدون الزيادة أخذها المتملك بدون عوض ، فتكون رباً ، ولو رده مع الزيادة لأخذها الآخر

---

(١) وفي هذه الحالة اذا رده المتملك الثاني عليه بالعيب كان له رده الى الاول في جميع صور الرد عند الشافعية ، وفي بعضها عند الحنفية .

(٢) كالزيادة المنفصلة المتولدة منه قبل القبض ، والزيادة المنفصلة إذا لم تكن متولدة منه كالغلة مثلا ، والزيادة المتصلة المتولدة منه كسمن الحيوان إذا كان هزيلا ، أو كبره إذا كان صغيراً ، فإن هاتين لا تمنعان الرد سواء كانتا قبل القبض أو بعده .

بدون مقابل ، فظهر من هذا أن امتناع الرد في صورة النقص لحق المملك ، وفي صورة الزيادة لحق الشارع لأنه حرم الربا .

والشافعية والحنابلة يذهبون إلى أن الزيادة لا تمنع الرد ، متصلة كانت أو منفصلة حصلت قبل القبض أو بعده .

وفي المتصلة يردها مع الأصل ، ولا يأخذ عنها عوضاً ، والمنفصلة تكون للمتملك إذا حصلت والمعقود عليه في ملكه أو ضمانه .

هذا إجمال للأمور التي يمتنع بها الرد، فيتعين على المتملك إمساك المعقود عليه ناقصاً عند وجود واحد منها .

ولكن هل يسوغ له مع هذا الامتناع أن يرجع على المملك بالنقصان أولاً ؟ والجواب عن هذا التساؤل إجمالاً . إنه يجوز له الرجوع في بعض الصور ويمتنع في الباقي ، فله الرجوع في الحالات الآتية :

إذا هلك المعقود عليه . أو تعيب بغير فعله سواء كان بعد علمه بالعيب أو قبله ، وكذلك إذا تعيب بفعله ، أو استهلكه . كأن يكون قماشاً فقطعه ثوباً، أو كان طعاماً فأكله بشرط ألا يكون عالماً بما فيه من العيب ، فإن كان عالماً به لا يرجع بالنقصان . لأنه بفعله هذا يكون راضياً بالعيب ، وكذلك يرجع بالنقص في حالة الزيادة المانعة من الرد .

وليس له الرجوع فيما إذا رضي بالعيب صريحاً أو دلالة ، أو أسقط خياره أو أخرج الشيء المعيب [1] عن ملكه .

---

(١) هذه الصورة الأخيرة فيها تفصيل فيرجع بالنقصان في بعض الصور ، ولا يرجع به في بعضها الآخر . وضابط ذلك كما جاء في الزيلعي والفتاوى الهندية : أنه في كل موضع أمكن=

والحاصل أن امتناع الرد إذا كان بفعل من قبل المتملك لا يرجع بالنقصان لجواز أن يقول المملك : لو لم يحصل فيه ذلك لقبلته وأعطيته ما دفعه كاملاً ، وإن كان بسبب لا دخل له فيه له الرجوع بالنقصان .

وطريقة معرفة مقدار النقصان . أن يقوم المعقود عليه وقت العقد على أنه سليم من العيب ، وعلى أنه معيب ، والفرق بين القيمتين ينسب إلى قيمته وهو سليم ، ثم ينقص من الثمن بنسبة هذا النقص ، فمثلاً لو اشترى شيئاً بـ ٢٠٠ جنيه وقيمته وهو سليم ٢٥٠ جنيهاً ، وقيمته وهو معيب ٢٠٠ جنيه فتكون قيمته الفرق تساوي خمس القيمة أي ٢٠ ٪ فينقص من الثمن مقدار الخمس وهو ٤٠ جنيهاً .

خيار العيب والارث : الأئمة الثلاثة « مالك والشافعي وأحمد » - بناء على أصلهم ، وهو أن الحقوق المتعلقة بالمال تورث كالمال - يذهبون إلى أن هذا الخيار يورث ، فلو مات المتملك قبل أن يرد المعقود عليه بالعيب حل ورثته محله في هذا الحق فيثبت لهم ما كان ثابتاً له .

والحنفية يقولون بثبوت هذا الحق للورثة أيضاً ، لكن لا على أنه حق موروث ، بل على أنهم خلفاء الميت في هذا المال ، وهو قد استحقه سليماً من العيوب ، فهم يستحقونه كذلك ، فثبت لهم خيار العيب ابتداء لهذه الضرورة .

بقيت مسألة أخيرة كثيرة الوقوع ، وهي ما إذا كان العيب لا يطلع عليه إلا باحداث عيب آخر ، وهذا يكون فيما يؤكل باطنه فقط دون ظاهره ،

= المشتري رد المبيع القائم في مسلكه على البائع برضاه، أو بدونه فإذا أزاله عن ملكه ببيع أو شبهة لا يرجع بالنقصان ، لأنه بالبيع فوت على نفسه حقه الأصلي وهو الرد ، وفي كل موضع لا يمكنه رده على البائع فإذا أزاله عن ملكه يرجع بالنقصان . لأنه باخراجه عن ملكه لم يفوت على نفسه الرد ، لأن الرد كان ممتنعاً قبله .

كالجوز واللوز والبيض والبطيخ . فإن المشتري لا يعرف عيبها إلا بكسرها والكسر عيب .

وهذه المسألة فيها تفصيل ، لأنه إما أن يجده كله فاسداً ، أو يجد بعضه فاسداً فقط ، وهذا البعض . إما أن يكون قليلاً بحيث لا يعد عيباً في العرف أو يعتبر عيباً .

فإذا وجده كله فاسداً كان البيع باطلاً بالاتفاق ، لأن محل العقد هنا ظهر أنه ليس بمال ، فيرجع بكل الثمن .

وإذا وجد بعضه فاسداً وهو قليل لا يعد عيباً في عرف النـاس لا يرجع بشيء بالاتفاق ، والعقد صحيح لا شيء فيه ، لأن الأشياء في الغالب لا تخلو عن مثله .

وفي الصورة الأخيرة ، وهي فساد البعض الذي يعد في العرف عيباً اختلف الفقهاء ، فذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية ، والأمام احمد إلى أنه يصح العقد في الصحيح ، ويبطل في الفاسد، فيرد ذلك الفاسد ، ويرجع بحصته من الثمن ، ولا يرد الكل .

وذهب أبو حنيفة إلى أن البيع يبطل في الكل ، لأن المبيع فيه جزء ليس بمال ، والفرض أنه صفقة واحدة .

والأمام الشافعي يثبت الخيار للمشتري بين الرد والرجوع بكـل الثمن ، وبين ابقائه وعدم الرجوع بشيء ، لأن المبيع صفقة واحدة ، فاما أن يأخذها كلها أو يردها كلها ، والكسر لمعرفة العيب لا يعد عيباً مانعاً من الرد .

خيار الرؤية

معناه . مشروعيته والخلاف فيه ،
شروط ثبوته ، والمراد بالرؤية ، لمن يثبت
العقود التي يدخلها ، أثره في العقد ،
وقته ، مسقطاته

خيار الرؤية في اصطلاح الفقهاء : هو حق يثبت بمقتضاه للعاقد أن يفسخ العقد بوقت لا يتغير فيه :

ومعنى هذا . أن الشخص إذا باع شيئاً معيناً مشخصاً ، كالدار التي في جهة كذا والسيارة المملوكة لي ، ويبين المبيع للمشتري بأوصافه من غير أن يره ففي هذه الحالة يقال : إن المشتري اشترى شيئاً معيناً لم يره ، وحينئذ يثبت للمشتري الخيار بين إمضاء العقد أو فسخه عند رؤية محل العقد في أي وقت ، وهذا الخيار ثبت بسبب عدم الرؤية .

وإنما ثبت هذا الخيار ، لأن الشيء المعين مهما بالغ الإنسان في وصفه لا تبلغ معرفة السامع به مبلغ معرفته بالرؤية فيكون رضاه به غير تام ، والرضا التام أساس صحة العقود ولزومها .

مشروعيته : إذا كان سبب هذا الخيار هو عدم رؤية محل العقد عند التعاقد فيكون موضعه التعاقد على شيء غائب ، وصحة العقد على الشيء الغائب موضع خلاف بين الفقهاء .

فالشافعي [1] في مذهبه الجديد يذهب إلى أن العقد على الغائب لا يصح ، ومن ثم لا يكون لهذا الخيار موضع عنــده في العقود الصحيحة ، واستدل على ذلك : بأن بيع الغائب بالوصف فيه غرر وجهالة قد تفضي إلى النزاع ، والرسول نهى عن بيع الغرر ، كما رواه مسلم عن أبي هريرة .

والحنفية يقولون بشروعية هذا الخيار مستدلين بما رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار : أن عثمان بن عفان باع لطلحة بن عبد الله أرضاً بالبصرة لم يرها واحد منهما ، ولما قيل لكل منهما إنك قد غبنت قال : لي الخيار ثم حكما جبير ابن مطعم بينهما فحكم بالخيار لطلحة ، وكان ذلك بحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد ، فهذه القصة تدل على مشروعية خيار الرؤية ، لأنه لو لم يكن مشروعاً لما حكم به جبير ، وهناك حديث يرويه الفقهاء في كتبهم وهو « من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه » ، ولكنه حديث ضعيف مطعون في صحته كما يقول

---

(١) هذا الرأي عند الشافعي لا يصحح بيع الغائب مطلقاً سواء وصف أو لم يوصف ، وفي قول آخر له يصح بيع الغائب إذا كان موصوفاً بما يخرجه عن الجهالة ، وعلى هذا الرأي يثبت فيه خيار الرؤية ولكنه يتحدد بمجلس الرؤية .

والمالكية يصححون بيع الغائب في إحــدى صورتين – ١ – إذا وصف بما يبين جنسه ونوعه – ٢ إذا لم يوصف ولكنه اشترط الخيار عند رؤيته ، فإذا لم يوجد وصف ولا اشتراط لا يصح بيع الغائب .

وعلى هذا يكون مذهبه غير معترف بخيار الرؤية الذي يقول به الحنفيه .

والحنابلة يصححون بيع الغائب بشرطين ـ ١ ـ أن يكون المبيع من الأشياء التي يصح فيها السلم وهي الأشياء التي يمكن تعيينها بالوصف ـ ٢ ـ أن يصفه بالصفات التي تضبطه وهي الأوصاف التي ترتب على ذكرها وعدمه اختلاف في الثمن غالباً .

فاذا باع غائباً من غير وصف بعينه كان البيع غير صحيح وإذا باع الموصوف جاز له رده إذا لم يجده على الصفة التي عينها أو وجد به عيباً .

صاحب نصب الراية [1] .

ونحن إذا نظرنا إلى الحكمة التي من أجلها شرع خيار الشرط الذي ورد به نص خاص ، وخيار العيب المتفق عليه كذلك بين الفقهاء نجدهـا متحققة في خيار الرؤية ، لأن الشخص قد يضطر إلى شراء شيء غائب عنـه لحاجته إليه خوفاً من فوات السلعة إن هو أخر العقد حتى يرى المعقود عليه ، وفي الوقت نفسه لو ألزمناه به من غير ثبوت الخيار له لألحقنا به الضرر حينما يجد هـذه السلعة غير موافقة لغرضه ولا محققة لمقصوده .

والجهالة التي في محل العقد بعد وصفه لا تفضي إلى النزاع ، فلا تدخل تحت الغرر المنهى عنه ، وحينئذ يترجح القول بمشروعية هذا الخيار .

شروط ثبوته : من ثنايا الكلام السابق نستطيع أن نقول : إن خيار الرؤية لا يثبت إلا إذا توفرت فيه الأمور الآتية :

١ ـ أن يكون محل العقد معيناً بالتعيين كما مثلنا ، أما إذا كان معيناً بالوصف فانه لا يثبت خيار الرؤية ، بل الذي يثبت هو خيار فوات الوصف لأن المعقود عليه الموصوف إن وجد بأوصافه لزم العقد ، وإلا فلا عقد لعـدم وجود محله .

٢ ـ أن يكون العقد مما يقبل الفسخ ليمكن فسخه ، فان كان غـير قابل للفسخ كعقد الزواج والخلع ، والصلح عن دم العمد ، فانه لا يفيد معه ثبوت الخيار ، فلا العقد يفسخ ، ولا المال ـ من المهر وبدل الصلح ـ يرد .

٣ ـ ألا يكون العاقد قد رأى محل العقد عند التعاقد أو قبله بزمـن لا

---

(١) جـ ٤ ص ٩ .

يتغير فيه . فان كان رآه في إحدى الحالتين لا يثبت له خيار لا نعدام سبب الخيار . وهو عدم الرؤية .

٤ – وأخيراً يثبت هذا الخيار عند رؤية المحل المعقود عليه في أي وقت، وعلى هذا إذا اشترى شيئاً لم يره لا يثبت له خيار الرؤية قبلها .

المراد بالرؤية : والفقهاء يريدون من الرؤية هنا في الموضعين [١] مـا هو أعم من معناها اللغوي ، وهو العلم بالمقصود الأصلي من العقد بأي حاسة من الحواس . سواء كان بالشم أو بالذوق أو باللمس أو بالنظر ، فتكون بالشم في المشمومات كالروائح ، وبالذوق في المذوقات كالأطعمة ، وباللمس في الأشياء التي لا تعرف حقيقتها إلا بالجس واللمس كما في بعض أنواع الأقمشة، وبالإبصار فيما لا يحتاج الى شيء آخر كالبناء والحبوب .

وعلى هذا تتحقق الرؤية من الأعمى بما عدا الأخير ، وفيما يبصر يوصف له وصفاً كافياً ، أو يوكل من يثق فيه ليراه بدله .

والعبرة في الرؤية بما يتحقق معه المقصود، فاذا كان الشيء تتساوى أجزاؤه كالقمح والقطن والقماش أو آحاده كالبرتقال والليمون مثلاً فيكتفي برؤيـــة بعض الأجزاء أو الوحدات المسمى « بالنموذج » [٢] ، وإن كان غير ذلك فلا بد من رؤية الكل كالبناء والدواب ، فاذا اشترى داراً لا يكفي في رؤيتهـــا

---

(١) الرؤية قبل العقد التي يسقط بسببها الخيار بحيث يكون قد اشترى ما رآه ، والرؤية بعد الشراء وهي التي تكون بحيث لو صدر بعدها من المشترى ما يدل على الرضا يسقط خياره .

(٢) النموذج بفتح النون كلمة ليست عربية الأصل ، معربه ويراد بها مثال الشيء والأنموذج مصحف .

بعض حجراتها ، وإذا اشترى قطيع غنم فلا يكفي أن يرى منه واحدة أو أكثر .

لمن يثبت هذا الخيار : لا نزاع بين القائلين بشرعيته في أنه يثبت للمتملك وهو المشتري في عقد الشراء مثلاً ، ولكنهم اختلفوا في ثبوته للمملك الذي ملك غيره ما لم يره ، كالبائع إذا باع مالاً من غير رؤيته ، ويتصور ذلك فيما إذا ورث شخص مالاً عن قريب له وقبل رؤيته لهذا المال باعه لغيره ، فانه يصدق عليه في هذه الحالة أنه باع ما لم يره .

فبعض الحنفية يقول بثبوته له كما يثبت للمشتري، لأن العلة في ثبوت الخيار دفع الضرر ، وهذا البائع محتاج إليه كالمشتري ليدفع عن نفسه الضرر فيما اذا لحقه غبن من هذا العقد .

ويذهب الجمهور منهم الى عدم ثبوته ، لأن دليل شرعيته ، وهو قصة عثمان وطلحة ثبت فيها الخيار للمشتري دون البائع ، وكذلك الحديث - ان صح - صريح في ثبوته للمشتري فقط، واذا كان الخيار بأنواعه ثبت على خلاف القياس والقاعدة في العقود فيقتصر فيه على ما ورد به النص ، ولا يتوسع فيه . على أنه لا حاجة إلى اثباته في جانب البائع ، لأنه يندر أن يبيع شيئاً من غير أن يره ، ولو فعل كان مقصراً بخلاف المشتري فان شراءه لما لم يره يقع كثيراً في الحياة العملية .

العقود التي يثبت فيها : والذاهبون إلى شرعية خيار الرؤية أثبتوه في عقود أربعة - ١ - البيع إذا كان محله مالاً معيناً بالتعيين أي مشخصاً ، أما إذا كان معيناً بالوصف كما في السلم فلاخيار فيه - ٢ - والإجارة إذا كانت واردة على محل مشخص كسيارة بذاتها ، أو دار معينة - ٣ - والقسمة في

الأموال القيمية ، فإنه إذا قسم المال القيمي بين الشركاء ولم يكن أحدهم رأى نصيبه عند القسمة ثبت له الخيار — ٤ — والصلح في دعوى المال إذا كان بدل الصلح مالاً معيناً كذلك ، لأن الصلح في هذه الحالة عقد مبادلة ، فيكون في معنى عقد البيع .

اثر هذا الخيار في العقد هذا الخيار لا أثر له فيما يترتب على العقد من آثار فيثبت الملك في البدلين للعاقدين بمجرد تمام العقد ، ولكن أثره يظهر في لزوم العقد فيمنع لزومه بالنسبة لمن ثبت له الخيار حتى يبت في العقد بإمضاء فيلزم ، أو بالفسخ فيرتفع العقد وإذا كان الفسخ بمقتضى خيار الرؤية لا يثبت إلا بعد الرؤية ، فقد يوهم هذا أن العاقد لا يملك الفسخ قبلها ، ولكن الصحيح في مذهب الحنفية أنه يملك الفسخ قبلها لكن لا بمقتضى الخيار بل بناء على عدم لزوم العقد.

ويلاحظ هنا : أن الفسخ سواء كان قبل الرؤية أو بعدها قبل القبض أو بعده لا يتوقف على رضا الطرف الآخر ، ولا على قضاء القاضي . وإنما تتوقف صحته على علم الطرف الآخر فقط دفعاً للغرر عنه بسبب اعتماده على شراء هذا المشتري فلا يطلب لسلعته مشترياً آخر :

ويجب على المتملك عند الرد أن يحمله الى محل العقد اذا كان حمل الى محل آخر سواء كان الذي حمله هو المتملك ، أو المملك ، لأن مؤنة الرد في خيار الرؤية والشرط والعيب تكون على المشترى .

هل لهذا الخيار وقت محدد ينتهي بانتهائه ؟

هذا الخيار على الرأي الراجح عند المثبتين له ليس له وقت محدد ، بل متى ثبت يستمر حتى يوجد ما يسقطه من المسقطات الآتية ، لأن هذا شأن الحقوق لا تسقط الا بإسقاطها أو انتهاء أمدها المحدد لها .

وقيل : إنه يثبت في مجلس الرؤية فقط ، فان فسخه فيه انفسخ والا لزم العقد ، وقيل : انه محدد بالوقت الذي يتمكن فيه صاحب الخيار من الفسخ فاذا مضى وقت بعد الرؤية يكفي لفسخ العقد ولم يفسخه لزم العقد، وهذان الرأيان ملاحظ فيهما جانب العاقد الآخر . لأن اثبات الخيار من غير تحديد وقت له قد يضر بالطرف الآخر .

ولكن أصحاب الرأي الأول لاحظوا ذلك أيضاً فاعتبروا كل ما يدل على الرضا من قول أو فعل إجازة للعقد ، فلو قال : أمضيت العقد ، أو رضيت به أو أجزته كانت اجازة صريحة ، واذا تصرف فيه تصرفاً يدل على الرضا ، كقبضه والانتفاع به ، واجارته وهبته وبيعه كان إجازة ضمنية ، وينتهي بها الخيار كالإجازة الصريحة ، إلا أن ما يدل على الرضا صراحة لا يعتبر اجازة الا اذا كان بعد الرؤية، فاذا كان قبل الرؤية لا يعتبر إجازة ، ولا يسقط خياره، ومثله في ذلك كل تصرف لا يترتب عليه ثبوت حق لغير العاقدين ، أما اذا كان تصرفاً يترتب عليه حق لغير العاقدين . كما في البيع والهبة فانه يعتبر اجازة سواء كان قبل الرؤية أو بعدها .

والسبب في هذه التفرقة أن خيار الرؤية حق أثبته الشارع بعد الرؤية ، والحقوق لا تسقط قبل ثبوتها ، فلو قلنا بسقوطه قبل الرؤية لكان إسقاطاً قبل الثبوت ولولا أن النوع الأخير من الإجارة ترتب عليه حق لغير العاقدين وحق الغير يجب المحافظة عليه ، ولا يمكن استعمال حق الخيار إلا بابطال ذلك الحق، لولا ذلك لاضطرد الحكم ، من أجل ذلك اعتبر هذا التصرف إجازة مطلقاً سواء كان قبل الرؤية أو بعدها .

مسقطاته : هذا الخيار يسقط بأمور :

١ ــ بكل ما يدل على رضاه بالعقد سواء كان صريحاً ، أو دلالة على

التفصيل السابق .

٢ – تعذر الرد بهلاك محل العقد ، أو تعيبه بعيب يمنع الرد مطلقاً سواء كان بفعله أو بفعل غيره .

٣ – زيادة المعقود عليه زيادة تمنع الرد، وقد سبق تفصيلها في خيار العيب، وهي الزيادة المتصلة غير المتولدة منه التي حدثت عند المتملك . والمتصلة المتولدة منه على الخلاف ، وكذلك الزيادة المنفصلة المتولدة منه .

٤ – موت من له الخيار سواء كان الموت قبل الرؤية أو بعدها عند من يمنع وراثة هذا الخيار ، وهم الحنفية . لأنه رغبة ومشيئة كما سبق في خيار الشرط .

خيار التعيين

معناه . مشروعيته . شروطه . ووقته .
أثره في العقد . محله . ما ينتهي به . وراثته

خيار التعيين : في اصطلاح الفقهاء : هو أن يكون للعاقد حق تعيين أحد الشيئين أو الثلاثة التي ذكرت في العقد بمقتضى شرط فيه . كأن يقول شخص لآخر : بعت لك إحدى هذه السيارات الثلاث بثمنها المحدد لها – بعد أن يعين لكل واحدة منها ثمناً – على أن تعين إحداها في مدة ثلاثة أيام . ويقبل المشتري هذا العقد ، أو يشتري الشخص واحدة منهما ، ويجعل حق التعيين للبائع .

مشروعيته : هذا الخيار منعه كثير من الفقهاء . كزفر من الحنفية . والإمامان الشافعي وأحمد بن حنبل ، لأن من شروط صحة العقد كون محله معيناً معلوماً . وهذا العقد فيه جهالة حيث تردد المبيع بين شيئين أو ثلاثة ، والجهالة غرر ، والرسول نهى عن بيع الغرر ، ومذهبهم هذا هو مقتضى الأصل والقياس .

ولكن أبا حنيفة وصاحبيه أجازوا هذا الخيار استحساناً على خلاف القياس ، لأن الناس محتاجون إلى مثل هذا النوع من المعاملة فهذا رجل كبير يتولى شراء حاجاته بنفسه ، وذاك آخر لا يستطيع الذهاب إلى الأسواق لكثرة شواغله ، وتلك امرأة محجبة لا تغشى الأسواق ، كل أولئك محتاجون إلى من يقوم

بعملية الشراء . وقد لا يرضى الشيء المعين الذي يشتريه الوكيل او الرسول رغبة من كان الشراء لأجله ، وقد لا يرضى التاجر بإعطائه أنواعاً من بضاعته – بغير عقد – ليعرضها على صاحب الشأن لينتقي منها ما يريد فكان المخلص من ذلك كله أن يشتري الرسول واحداً من اثنين أو ثلاثة ويأخذ الكل ليعرضه على صاحب الشأن ليختار منها ما يوافق رغبته ويحقق طلبته .

وقد يكون الشخص الذي يشتري لنفسه غير خبير بأحوال السلع فيحتاج إلى عرضها على من له خبرة بذلك ، ولو أجل العقد حتى يرى رأيه لضاعت منه هذه السلعة إما لارتفاع ثمنها ، أو رجوع البائع عن رأيه وبيعه لغيره .

شروطه : وخيار التعيين كغيره من الخيارات لا يثبت إلا إذا توفرت شروط إن اختل واحد منها فسد الشرط ، وتعدى فساده إلى العقد ، وهي :

١ – أن يكون الخيار بين اثنين أو ثلاثة لا يتجاوزها ، فإن كان بين أربعة أو أكثر لا يصح ، وذلك لأن هذا الخيار شرع استحساناً على خلاف القياس للحاجة ، فيقدر بقدر الحاجة ، وهي تدفع بالثلاثة وما دونها ، لأن الثلاثة فيها الجيد والرديء والوسط فما زاد يكون مكرراً ، ولا حاجة إليه فيبقى على أصل القياس ، وهو المنع .

٢ – أن تكون الأشياء المخير فيها متفاوتة ليكون للتخيير معنى ، فإن كانت متساوية لا يثبت خيار ، والتفاوت إنما يكون في الأموال القيمية ، والمثلية المختلفة الجنس ، كما إذا باعه إردباً من أرداب ثلاثة ، واحد من القمح ، والثاني من الأرز . والثالث من الذرة ، أما المثلية المتحدة الجنس فلا تفاوت بينها

٣ – أن تكون معينة محددة أثمانها ، فإن كانت غير معينة ، كأن يبيع له سيارة من سيارتين من غير تعيين كان المبيع مجهولاً جهالة فاحشة مفضية إلى النزاع فيفسد العقد ، وكذلك لو كانت معينة والثمن غير محدد لكل منها ،

لأن البيع يقع على واحد غير معين ، والبيع لا يصح إلا بثمن محدد .

٤ ـ أن تكون مدة الخيار معلومة على الرأي المعتمد عند الحنفية ، وفي رأي آخر لا يشترط هذا الشرط ، فيصح ولو لم تحدد له مدة . كأن يقول بعتك واحداً من هذين الشيئين ، ولك أن تعين أيهما شئت ؛ وعلل هذا الرأي بأن اشتراط المدة المعينة هنا لا فائدة فيه ، بخلاف اشتراطه في خيار الشرط .

يقول صاحب تبيين الحقائق [١] في هذا الموضع . (إذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى لتوقيت خيار التعيين بخلاف خيار الشرط ، فإن التوقيت فيه يقيد لزوم العقد عند مضي الوقت ، وفي خيار التعيين لا يمكن ذلك ، لأنه لازم في أحدهما قبل مضي الوقت ، ولا يمكن تعيينه بمضي الوقت بدون تعيينه فلا فائدة لشرط ذلك ، والذي يغلب على الظن أن التوقيت لا يشترط فيه) ا هـ .

ولكن هذا التوجيه مردود ، لأن التحديد لا يخلو من الفائدة ، وهي كما يقول صاحب الحواشي السعدية: إن تحديد المدة في خيار التعيين له فائدة، وهي أن يجبر على التعيين بعد مضي المدة » ، على أن فيه فائدة أخرى ، وهي دفع الضرر عن الطرف الآخر ، لأننا لو أثبتنا الخيار مطلقاً غير مقيد بوقت لكان الطرف الاخر في حيرة لا يدري مآل ملكه .

فالأوفق أن يكون لخيار التعيين مدة،وهو ما اتفق عليه الإمام والصاحبان ولكنهم اختلفوا في مقدارها ، فالإمام يرى أنها لا تزيد عن ثلاثة أيام على وفق خيار الشرط ، فإن زادت المدة على ذلك فسد الشرط والعقد .

والصاحبان يذهبان إلى أن تحديدها موكول إلى اتفاق العاقدين ، فإذا اتفقا

---

(١) ج ٤ ص ٢١ ، ٢٢

على أكثر من ثلاثة صح .

وعلى هذا الرأي الراجح – وهو اشتراط تعيين المدة – إذا لم يعين لهـذا الخيار مدة يكون فاسداً .

هذا واشترط تحديد المدة في خيار التعيين إذا لم يكن معه خيار الشرط فان كان معه استغنى عن تحديدها [1] بتحديد مدة خيار الشرط .

وإذا اجتمع خيار الشرط وخيـار التعيين ، وحدد لكل منهما مدة يكون ابتداء مدة خيار التعيين بعد الإجازة بخيار الشرط ، أو مضى مدته إن لم توجد إجازة ويلزمه التعيين بعد انتهاء المدتين ، وإذا لم يذكر لخيار التعيين مدة يلزمه التعيين بعد انتهاء مدة خيار الشرط ، لأنه هو الوقت الذي يلزمه فيه البيـع في واحد غير معين ، فيصير المشتري شريكاً للبـائع فيجبر على التعيين بطلب البائع .

هل يلزم فى صحة خيار التعيين أن يكون معه خيار الشرط أولاً ؟

اختلف فقهاء الحنفية في ذلك . فمنهم من ذهب إلى أن ذلك شرط فلا بد من ذكر الأمرين ، وعلى هذا الرأي يكون صاحب الخيار له الحق في واحـد من المخير فيها يمضي العقد أو يرد الكل ويفسخ العقد، فالعقد على هـذا الرأي غير لازم .

ومنهم من ذهب إلى أن ذلك ليس بشرط ، وعلى هذا يكون العقد لازماً في صورة عدم خيـار الشرط ، فليس له رد الكل ، وإن كان صاحب البدائع يرى أن خيار التعيين بمنزلة خيار الشرط يثبت لصاحبه خيار الفسخ لأن الملك

---

(١) راجع شرح المجلة العدلية – ج ٢ ص ٢٦٢ وما بعدها .

الثابت معه ليس لازماً .

والذي يترجح في نظري أنه ليس بلازم أن يكون مع خيار التعيين خيار الشرط ، لأن الحاجة قد تدعو إليه وحده ، وأن العقد معه لازم في واحد غير معين ، فليس لصاحبه الحق في رد الكل وفسخ العقد بمقتضى التعيين وحده فاذا ما كان متردداً في تنفيذ العقدمن أول الأمر احتاط لنفسه واشترط خيار الشرط مع خيار التعيين ، فيكون له الخيار في الفسخ وفي التعيين معاً .

أثر الخيار في العقد . مما سبق بيانه يعلم أن أثر خيار التعيين في العقد يختلف باختلاف النظر ، فمن يذهب إلى أنه مثل خيار الشرط يكون أثره عنده أنه يجعل العقد غير لازم ، ومن يذهب إلى أنه ليس مثله يكون أثره في اختيار محل العقد فقط ، والعقد لازم معه .

والرأيان متفقان على أنه لا أثر له في ثبوت أحكام العقد ، لأنها تثبت من وقت تمام العقد فقط ، ولكن على أنها لازمة على الرأي الأخير .

محل هذا الخيار : وهذا الخيار لا يكون إلا في عقود المعاوضات المالية التي تفيد تمليك الأعيان كالبيع والهبة بشرط العوض ، والصلح عن دعوى المال بالمال . وما شاكل ذلك .

مسقطاته : هذا الخيار يسقط بواحد من أمور .

١ - تعيين محل العقد باختيار أحد الشيئين المخير فيهما . سواء كان ذلك صراحة ، كقوله : اشتريت هذا ، أو رضيت به ، أو كان بطريق الدلالة . كتصرفه في أحد الأشياء المخير فيها بما يدل على رضاه . ومثل ما إذا كان المخير فيه قطعاً من القماش فقطع واحدة لتفصيلها ثوباً ، أو سيارة فآجرها أو استعملها بنفسه ، أو باع واحداً منها أو وهبه أو رهنه إلى غير ذلك من التصرفات .

٢ – هلاك أحد الشيئين بعد قبض المشتري. فان الهالك هنا يتعين محلاً للعقد ويلزم بدفع ثمنه المحدد له والباقي يتعين للامانة ، وإذا كان الهلاك عند البائع فان الباقي يتعين للاختيار ، فاذا هلك واحد من اثنين أو اثنان من ثلاثة كان الباقي هو المباع وينتهي الاختيار .

٣ – تعيب أحد الشيئين بعيب يمنع الرد ، فانه يتعين محلاً للعقد للضرورة .

وراثة هذا الخيار : وينتقل خيار التعيين إلى الوارث إذا مات من له الخيار قبل التعيين ، لأن ملك المورث ثبت في واحد غير معين ، فيثبت الخيار لوارثه ليتعين ماله من مال البائع ، فلو انقضت المدة من غير أن يعين أجبر على التعيين ودفع ثمن الذي عينه من تركة مورثه ، ولو كان مع خيار التعيين خيار الشرط يبطل حكم خيار الشرط بموت صاحبه لأنه لا يورث .

خيار النقد

هذا نوع آخر من الخيارات أثبته الحنفية لحاجـة الناس إليه في معاملاتهم ، ومعناه أن يتبايع اثنان من غير دفع الثمن على أن يؤدي المشتري الثمن في مدة معينة . وإن لم يؤده في هذه المدة فلا بيع بينهما ، فاذا قبل الطرف الآخر هذا الشرط صح البيع والشرط معاً .

وعلى المشتري أن ينقد الثمن في المدة. فان فعل ذلك لزم البيع وإن لم يفعل كان البيع فاسداً إذا بقي المبيع على حاله لم يتغير .

وهذا الخيار كما يثبت للمشتري يثبت للبائع وصورته ـ كما في رد المحتار[1] أن يتبايعا ويدفع المشتري الثمن ويجعل للبائع الخيار في رد الثمن في مدة معينة فيقول له : إن رددت الثمن في هذه المدة فلا بيع بيننا ، ويقبل البائع .

ففي هذه الصورة يثبت الخيار للبائـع في رد الثمن إلى المشتري ، فان رده ارتفع البيع ، وإن لم يرده لزم العقد .

وهذا الخيار جائز استحساناً على خلاف القياس ، ولذلـك منعه زفر من الحنفية لتمسكه في الغالب بالقياس .

ووجه الاستحسان هنا ظاهر، وهو أن الحاجة قد تدعو إلى مثل هذا النوع

(١) ج ٤ ص ٧٥ .

من الشرط، وهو في الحقيقة نوع من خيار الشرط، لأن الخيار هنا ثبت بالشرط، ولولا الشرط ما ثبت .

مدته : والقائلون بهذا الخيار اتفقوا على أنه إذا لم يذكر له مدة كأن يقول البائع للمشتري : أن لم تنقد الثمن فلا بيع ، أو ذكر له مدة مجهولة ، كأن يقول : أن لم تنقد الثمن أياماً يكون العقد فاسداً في الصورتين .

واتفقوا على صحته إذا حدد مدة ثلاثة أيام أو أقل كيوم أو يومين، واختلفوا فيما إذا بين مدة معلومة أكثر من الثلاثة كأربعة مثلا . فأبو حنيفة يقول بفساد البيع ، ومحمد يقول بصحته ومعه أبو يوسف في قوله الأخير ، والخلاف هنا كالخلاف في خيار الشرط .

وهذا الخيار لا يورث باتفاق القائلين به ، لأنه رغبة ومشيئة ، والرغبات ليست محلا للإرث، وهذا الحكم يستوي فيه ما إذا كان الخيار للبائع ، أو للمشتري إلا أنه إذا كان الخيار للبائع في رد الثمن يلزم البيع بموته ، لأن الموجب لإمضاء العقد هو عدم رد الثمن وقد تحقق عدم الرد بموته ، وإذا كان الخيار للمشتري في نقد الثمن يبطل البيع بموته حيث كان الموجب للإمضاء هو نقد الثمن ولم يتحقق النقد قبل موته ويتعذر بعد موته حيث لا يخلفه أحد فيه .

هذا ومن يستعرض أحكام الخيارات الأخرى كخيار الاستحقاق ، وهو ما يثبت للمشتري . إذا استحق بعض المبيع ، فله الحق في رد باقي المشتري . ويأخذ الثمن كله أو يأخذه بحصته من الثمن وخيار تفريق الصفقة بهلاك بعض المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري فله في هذه الحالة أن يفسخ العقد أو يمضيه .

من استعرض ذلك كله يجد الفقه الإسلامي يسير مع الزمن ، ولا يأبى كل جديد ، بل يجده يحاول تحقيق مصالح الناس بشتى الطرق ما لم يكن في ذلك

مصادمة لنص قطعي، أو ابطال لقاعدة من قواعده العامة، وما جاء من تفريعات الفقهاء مخالفاً لذلــك فهو مردود عليهم، والشريعة منه براء لأنه مصادم للنص القاطع في كتاب الله « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » .

ونكتفي بهذا القدر . ونحمد الله سبحانه ونسأله المزيد من فضله .

« ما يفتح الله للناس من رحمة فلا ممسك لها وما يمسك فلا مرسل له من بعده وهو العزيز الحكيم » .

فهرس

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة